



PhD-FDEF-2012-04
Faculté de Droit, d'Économie et de Finance

THÈSE

Soutenue le 23/10/2012 à Luxembourg

En vue de l'obtention du grade académique de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DU LUXEMBOURG

EN DROIT

par

Ekaterina Isentyeva
née le 16 avril 1987 à Moscou (Russie)

L' APPLICATION DU DROIT EUROPÉEN DE LA
CONCURRENCE AUX ENTREPRISES DES ETATS TIERS

Jury de thèse

Dr Jörg Gerkrath, directeur de thèse
Professeur, Université du Luxembourg

Dr Bruno Deffains
Professeur, Université Panthéon-Assas

Dr Isabelle Riassetto, président
Professeur, Université du Luxembourg

Dr Ioannis Lianos
Director of Center of Law, Economics & Society, University College London

Dr Mark Cole, président suppléant
A-Professeur, Université du Luxembourg

À Svetlana, Sergey, Irina et Clément.

Je voudrais remercier vivement professeur Jörg Gerkrath (Université du Luxembourg), directeur de cette thèse, pour son soutien, ses conseils très précieux et pour le temps qu'il a consacré à la présente recherche. Je remercie aussi de tout mon cœur Clément Labi (LL.M., MBA) pour la correction de la langue de la thèse entière, pour nos discussions et pour sa critique qui a enrichi certainement cette étude. Je voudrais aussi exprimer ma gratitude au professeur Isabelle Riassetto (Université du Luxembourg) et au professeur Mark Cole (Université du Luxembourg) pour leurs conseils très précis et pratiques et pour leur temps et aussi pour leur accord pour être membres du jury de la thèse. Je remercie également le professeur Bruno Deffains (Université Panthéon-Assas) et le docteur Ioannis Lianos (Director of Centre for Law, Economics & Society, University College London) qui ont aussi gentiment accepté d'être les membres du jury de la présente thèse. Je voudrais dire aussi merci au docteur Philip Marsden (Director of Competition Law Forum, British Institute of International and Comparative Law), au professeur Amitai Aviram (University of Illinois) et au professeur Paul Stancil (University of Illinois) pour leurs nombreux conseils lesquels sont inclus dans la thèse. Je remercie également Aleksey Sushkevich (Chef de la Direction Analytique du FAS) pour l'information sur le droit de la concurrence russe et Annie Ying Xue (University of Illinois) pour l'information sur le droit de la concurrence chinois. Je voudrais dire aussi « merci beaucoup » à ma famille et mes amis qui m'ont soutenu pendant tous ces années. Votre aide était très précieuse et sans vous je ne pourrais jamais terminer ma recherche.

L'application du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers

*Thèse préparée avec le soutien d'une aide à la formation-recherche du Fonds national de la
recherche du Luxembourg*

SOMMAIRE

Introduction générale

Partie I. L'application directe du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers.

Titre I. La réglementation européenne de l'activité d'entreprises des États tiers touchant au marché européen.

Chapitre 1. L'application du droit européen aux entreprises des États tiers. La réglementation.

*Chapitre 2. L'application du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers.
L'exécution.*

Titre II. Les problèmes issus de l'application du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers.

Chapitre 1. L'application simultanée des lois sur la concurrence de plusieurs États et le principe « non bis in idem ».

Chapitre 2. L'application simultanée du droit de la propriété intellectuelle et du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers.

Chapitre 3. L'application simultanée du droit international privé et du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers.

Chapitre 4. Les relations entre les normes du droit de l'OMC touchant à la concurrence et le droit européen de la concurrence.

Partie II. L'application indirecte du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers.

Titre I. La création de règles homogènes de la concurrence en dehors d'un accord international sur la concurrence.

Chapitre 1. Le modèle économique comme preuve du besoin de la coopération internationale réglant la concurrence.

Chapitre 2. Le modèle européen du droit de la concurrence comme base pour le droit de la concurrence des États tiers.

Titre II. Les droits nationaux des la concurrence des États tiers sur la base du modèle européen.

Chapitre 1. La coopération entre l'UE et la Chine dans le domaine du droit de la concurrence.

Chapitre 2. La coopération entre l'UE et la Russie dans le domaine du droit de la concurrence.

Partie III. Vers un accord international sur la concurrence.

Titre I. Un accord international sur la concurrence au sein de l'OMC.

Chapitre 1. Les propositions de l'UE de mesures multilatérales. Pourquoi croit-on au droit international de la concurrence ?

Chapitre 2. L'OMC comme plateforme pour la création d'un droit international de la concurrence.

Titre II. Le modèle d'un accord international sur la concurrence.

Chapitre 1. La proposition d'un modèle d'un accord international sur la concurrence au sein de l'OMC.

Chapitre 2. Les atouts et les défauts d'un accord international sur la concurrence au sein de l'OMC.

Conclusion générale

PRINCIPALES ABBREVIATIONS

ADPIC	L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
Aff.	Affaire
ANC	Les autorités nationales de la concurrence
CE	Communautés européennes
C.E.C.A.	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CEE	Communauté économique européenne
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Commission	Commission européenne
DoJ	<i>Department of Justice</i>
FAS	Service fédérale anti-monopole de la Russie
FTC	<i>Federal Trade Commission</i>
FZ	Loi fédérale de la Russie
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
ICN	Réseau international de la concurrence (<i>International Competition Network</i>)
LAM	Loi anti-monopole de la Chine
N°	Numéro
L'OCDE	L'Organisation de coopération et de développement économiques
L'OMC	L'Organisation mondiale du commerce
<i>op.cit.</i>	Précité
L'ORD	L'Organe de règlement des différends
p.	Page
pp.	Pages
REC	Réseau européen de la concurrence
RTDE	Revue trimestrielle du droit européen
s.	suivants
TCE	Traité instituant la Communauté européenne

TCEE	Traité instituant la communauté économique européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
Traité de Rome	Traité instituant la Communauté européenne de 15 mars 1957
Traité de Paris	Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier de 18 avril 1951
Tribunal	Tribunal de l'Union européenne
TPI	Tribunal de première instance des Communautés européennes
UE	L'Union européenne
Vol.	Volume

INTRODUCTION GÉNÉRALE.

*« Le terme de l'évolution est appelé coopération.
Il s'agit d'unité morale, de « concentration » politique
entre États souverains ».*

*Raymond Aron,
Le Figaro, 11.09.1967.*

1. Introduction au sujet de la recherche. Le droit européen de la concurrence a vocation à s'appliquer non seulement aux entreprises ressortissantes des États membres de l'Union européenne mais aussi aux entreprises des États tiers, dans les conditions décrites *infra* dans cette étude, et déterminées dans une très large mesure par l'interprétation, par les institutions européennes (la Commission européenne, la Cour de Justice et le Tribunal), des articles 101 et 102 TFUE. La pierre angulaire de l'applicabilité du droit de la concurrence à ces entreprises non européennes est la *théorie de l'effet*, dont l'application n'a, paradoxalement, jamais été expressément confirmée par la jurisprudence, mais dont l'existence en droit positif est facilement démontrée par la lecture de ladite jurisprudence. En substance, et sous réserve des précisions et clarifications apportées dans le corps de la thèse, la théorie de l'effet énonce que le droit européen est applicable aux entreprises des États tiers dans la mesure où elles commettent des actes qui ont un effet sur le marché européen. Une pareille application, directe et extraterritoriale, du droit européen, est néanmoins problématique en pratique et, sans doute, sur le plan des principes.

Il n'est guère besoin de rappeler que l'économie contemporaine se caractérise par une mondialisation sans cesse croissante des échanges. Or, dans ce contexte, il n'est pas rare que des conflits de lois assez graves soient à signaler, notamment en matière de droit de concurrence. Comme décrit *infra*, il est par conséquent ainsi concevable que le droit d'un État membre de l'UE, le droit européen, le droit de l'État dont l'entreprise en cause est ressortissante et, généralement dans une moindre mesure, le droit de l'Organisation mondiale du commerce soient applicable simultanément à la même situation, en plus de tous les autres droits nationaux des États affectés par la pratique incriminée dans la mesure

où ces États appliquent eux aussi la théorie de l'effet. S'il s'agissait d'une question de droit international privé, les scrupules ne seraient généralement guère de mise : le juge saisi appliquerait la règle de conflit pertinente (par exemple, la règle bilatérale de conflit) pour déterminer la loi applicable ; tout au plus se contenterait-il d'appliquer distributivement les droits de différents États à différents éléments de fait. Le problème auquel le spécialiste du droit de la concurrence est confronté réside dans ce que plusieurs droits de la concurrence soient applicables simultanément aux *mêmes* faits juridiques. Ainsi, si l'entreprise a commis un acte ayant un impact sur n États reconnaissant tous la théorie de l'effet, ladite entreprise sera jugée n fois et condamnée (potentiellement) n fois. Un tel résultat n'est évidemment pas satisfaisant.

Quid, en effet, du principe *non bis in idem* ? On sait qu'en droit positif, il n'est applicable qu'en matière pénale, mais le droit ne dit pas toujours la justice, et il semble difficilement justifiable de pouvoir prononcer une amende au titre des mêmes faits devant plusieurs fora différents pour la seule raison que l'infraction est qualifiée d'administrative plutôt que de pénale. Il est à tout le moins paradoxal, à ce titre, de relever que la dépénalisation ou la non-pénalisation du droit de la concurrence conduit à une élimination des garanties accordées au justiciable en droit pénal.

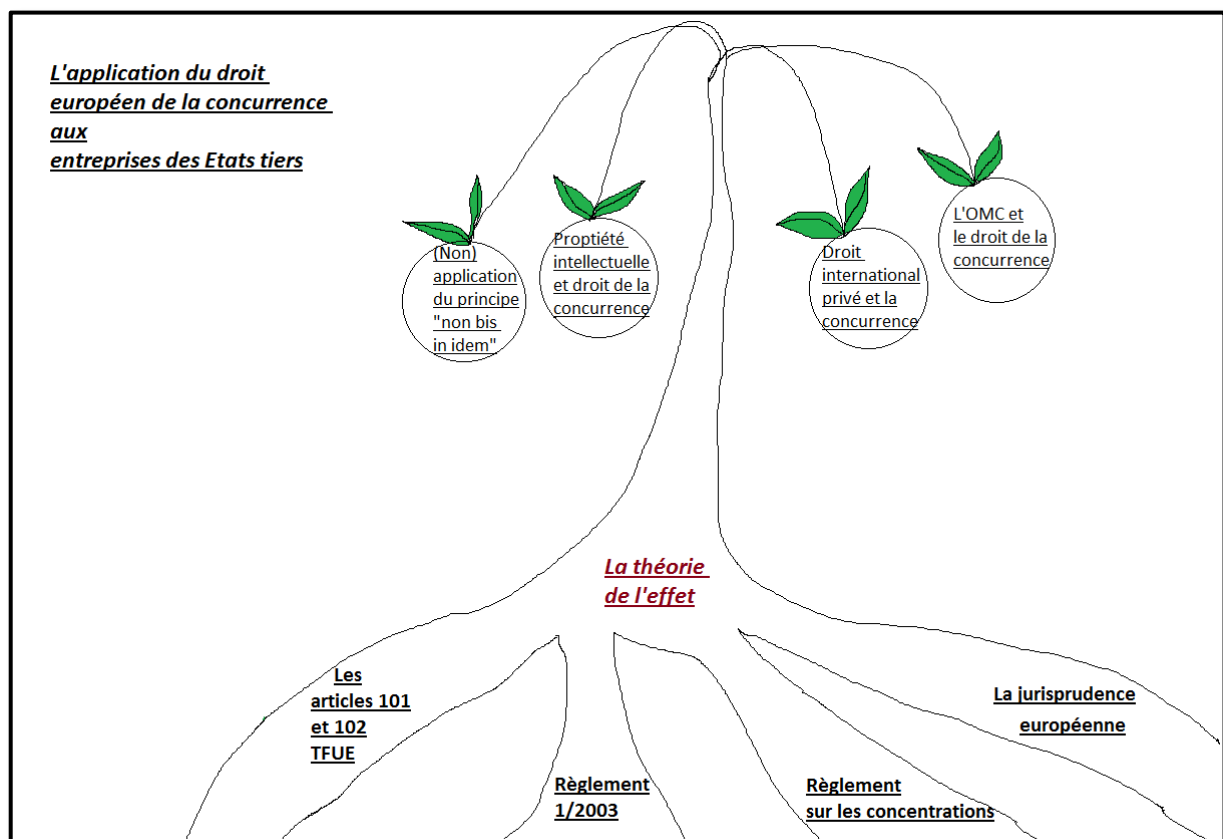
De façon similaire, cette mondialisation des échanges et l'existence de sociétés multinationales dont elle est indissociable ont, empiriquement, pour effet de causer des dommages privés dans des juridictions différentes, quoique dans cette espèce les problèmes théoriques ne se posent pas avec la même acuité que dans le cas des amendes de droit public, puisque, comme reconnu en droit international privé, il est juste que toutes les parties lésées par un acte illicite puissent obtenir réparation, sans considération de leur nationalité ou résidence. Pourtant, le cumul de ces actions de droit privé est susceptible de générer des difficultés pratiques non négligeables.

Mais il est également possible que le juge soit amené à trancher des situations où plusieurs droits de la concurrence, simultanément applicables, dictent des solutions opposées et donc incompatibles. La jurisprudence nous a ainsi offert un exemple fascinant de conflit entre le droit européen et droit de l'OMC dans l'affaire *Microsoft*¹, qui sera analysée plus en détail dans le corps de la thèse. L'entreprise Microsoft, qui a son siège social dans l'État de Washington, aux États-Unis, était accusée, sur le fondement de l'article

¹ TPI, 17.09.2007, *Microsoft Corp. c/ Commission*, T-201/04, Rec. 2007 p.II-03601.

102 TFUE, d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché des logiciels. Microsoft arguait, à l'appui de ses prétentions, qu'elle ne pouvait être condamnée puisque l'accord sur les ADPIC, signé dans le cadre de l'OMC, garantissait l'exercice des droits de propriété intellectuelle (et donc, en l'espèce, celui des droits d'auteur sur logiciel). Bien que la défense de Microsoft n'ait finalement pas été victorieuse, l'affaire a rendu manifeste le risque de conflit entre droit européen de la concurrence et droit de l'OMC, surtout en matière de droit de propriété intellectuelle, mais pas seulement – qu'advient-il lorsque l'OMC interprètera un accord sur les droits de douane de manière incompatible avec une jurisprudence européenne ? En tout état de cause, ledit risque est encore plus difficile à quantifier pour les entreprises non-européennes. L'accord sur les ADPIC, affirme la Cour de Justice, n'est pas assez clair pour être directement invocable par les parties au litige ; il ne lie que ses signataires (dont l'Union européenne) en vertu du principe *pacta sunt servanda* ; et pourtant la Cour de Justice semble devoir imposer aux entreprises le respect de l'accord sur les ADPIC. Le concept même d'État de droit, tenu par les règles que lui-même impose, semble ébranlé.

En guise de métaphore, il est possible de dire qu'on analyse d'abord les racines d'un arbre (la législation, les notions et les concepts générant l'application extraterritoriale du droit européen de la concurrence) puis ses fruits (les problèmes issus de l'application de cette législation et de ces concepts).



L'objet de l'étude semble crucial à deux points de vue.

En premier lieu, la position du droit positif est vectrice d'une insécurité juridique indéniable pour les entreprises. Outre les réparations diverses auxquelles les personnes ayant subi un dommage du fait de l'activité illicite de l'entreprise ont droit (et qui semblent un pendant logique et équitable de l'opportunité offerte à cette même entreprise de faire affaire à travers le globe terrestre), la menace d'amendes est, sur le plan pratique, extrêmement difficile à évaluer (combien d'États concernées, et quels critères de calcul utilisent-ils ?) et, sur celui des principes, parfaitement injuste. En suivant distinction opérée par Aristote², et sur laquelle nous nous attarderons plus longuement *infra*, si la fonction distributrice doit effectivement s'apprécier à l'échelle de toutes les personnes lésées, on voit mal ce que la fonction rétributrice gagne à se manifester plusieurs fois pour les mêmes faits.

Par ailleurs, et du fait même de cette imprévisibilité, le droit positif entraîne des effets indésirables sur le plan économique. Sans que ce soit le but (au moins avoué) de quiconque, la prétention de l'Union européenne et des États qui appliquent leur droit de la concurrence de manière extraterritoriale décourage indirectement les investissements et la poursuite des activités commerciales des entreprises hors de leur frontières : à nouveau, quel directeur financier souhaiterait inscrire au bilan de sa société une provision littéralement inquantifiable ? L'existence d'une telle épée de Damoclès représente bel et bien une *externalité négative* au sens donné à cette expression par la théorie microéconomique pour les entreprises et donc, in fine, une perte économique au niveau mondial.³

Chaque chapitre de la thèse démontrera la nécessité de la réglementation internationale des relations concurrentielles entre les entreprises et l'impossibilité de régler tous les problèmes issus de la concurrence internationale au niveau local.⁴ On voit déjà que la nature du droit de la concurrence (lequel entretient des liens étroits avec le droit de la

² Voir Aristote, *Ethique à Nicomaque*, sous la direction de Jules TRICOT, Vrin, 1994, 540p.

³ Voir, par exemple, Jean-Jacques GABAS, Philippe HUGON, *Les biens publics mondiaux et la coopération internationale*, L'Économie politique 4/2001 (n° 12), p. 19-31. Accessible sur www.cairn.info/revue-l-economie-politique-2001-4-page-19.htm.

⁴ Sur « la loi globale » voir *Global Law Without a State*, edited by Gunther TEUBNER, Dartmouth, 1997, 305 p.; voir aussi Hans LINDAHL, *A-Legality: Postnationalism and the Question of Legal Boundaries*, The Modern Law Review 73(1), 2010, 30-56pp.

propriété intellectuelle et le droit privé) et surtout son caractère extraterritorial donnent naissance à plusieurs problèmes, que l'on cherche à résoudre, au minimum en partie.

Ainsi, après avoir examiné les conditions d'application du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers et les problèmes issus d'une telle application, on arrivera à la seule conclusion possible : la nécessité de conclure un accord international qui pourrait régler les problèmes liés à l'application extraterritoriale du droit de la concurrence. On proposera de choisir l'Organisation Mondiale du Commerce comme forum pour le développement et la conclusion d'un accord international sur la concurrence, lequel pourrait donner une plus grande sécurité juridique aux entreprises multinationales, les entreprises qui affectent les autres marchés que leur marché d'origine, ce qui vise, finalement, à promouvoir le commerce international et à protéger à la fois la concurrence et les consommateurs de manière équitable partout dans le monde.

En outre, on verra que le droit européen de la concurrence représente (avec le modèle américain) un des modèles dominants du droit de la concurrence aujourd'hui. Par conséquent, plusieurs États suivent l'exemple européen en vue d'améliorer ou même de créer leurs propres lois concurrentielles dans le but final de donner aux ses entreprises les meilleures conditions pour leur activité économique sur le marché national et sur le marché mondial. Particulièrement, on analysera les cas de la Chine et de la Russie, lesquels constituent les exemples les plus marquants de l'emprunt du modèle du droit de la concurrence européen.

On examinera en même temps les raisons économiques d'un tel choix. Ainsi, à l'aide de la théorie des jeux, on montrera pourquoi le choix de la coopération et de l'unification du droit de la concurrence est le plus logique pour la plupart pays du monde, et par la suite on analysera en détails les exemples d'une telle coopération entre l'UE et la Chine, d'une part, et l'UE et la Russie, d'autre part.

En concluant cette recherche, on vise à présenter une solution aux problèmes décrits ci-dessus, sous la forme d'un modèle d'accord international. Comme l'a montré la « *guerre des lois* » (étudiée *infra*), la conclusion d'un accord dans le cas d'un conflit paraît la seule solution efficace. Aujourd'hui les accords bilatéraux ne parviennent plus à résoudre tous les problèmes de l'économie globale ; il est donc nécessaire de recourir à un accord international multilatéral sur la concurrence conclu, par exemple, dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce.

2. Introduction à la problématique : « To deal or not to deal » avec les entreprises des États tiers ? « To be or not to be: that is the question? ».⁵ Avant d'aborder l'analyse du sujet principal du premier titre de la thèse, il paraît utile de raconter la préhistoire de la reconnaissance moderne de l'application du droit européen de la concurrence de manière extraterritoriale, dans le but de mieux comprendre la genèse des problèmes examinés tout au long de la recherche.

Il est tout à fait possible à imaginer qu'à l'époque où, suite au développement du commerce international, les entreprises des États tiers⁶ ont commencé à entrer sur le marché européen (créer des filiales ou vendre ses produits ou services), la question suivante a été posée aux autorités de l'Union Européenne : « *to deal or not to deal* » avec ces entreprises étrangères – les considérer ou ne pas les considérer ?

Il est facile de traiter une filiale d'une entreprise étrangère installée sur le territoire de l'UE comme n'importe quelle autre entreprise européenne. En revanche, à l'époque il n'y avait pas de réponse à la question de la responsabilité de la société-mère qui se trouvait à l'étranger. Aussi, la solution à appliquer au cas d'une simple vente de produits (ou prestation de services) d'une société étrangère sur le marché européen, sans création d'une filiale, était peu claire. Une telle vente affecte évidemment le commerce, et si elle est assez importante, elle pourrait affecter le commerce entre les États membres et, ainsi, formellement tomber dans le champ d'application du droit européen de la concurrence. Néanmoins, sans la reconnaissance de l'application extraterritoriale du droit de la concurrence il n'était pas possible de poursuivre une entreprise qui n'était pas physiquement sur le territoire de l'UE.

Ainsi, la réponse à la question « *to deal or not to deal* » (c'est-à-dire traiter les entreprises des États tiers affectant le commerce entre les États membres comme sujets du droit européen de la concurrence), initialement négative, a graduellement évolué vers la positive, ce qui a résolu certains problèmes concernant la protection du marché européen, mais aussi engendré en même temps une pléthore de problèmes liés à l'application extraterritoriale du droit européen de la concurrence.

Comme cela a été mentionné auparavant, la première réponse à la question « *to deal or not to deal* avec les entreprises des États tiers dont l'activité affecte le marché européen ? » était négative, dans la mesure où l'article 65 de Traité de Paris (prédécesseur

⁵ William SHAKESPEARE, *Hamlet* 3/1.

⁶ Sauf précision contraire, le terme « les entreprises des États tiers » comprend en soi, dans le cadre de cette thèse, toutes les entreprises ayant leur siège social en dehors du territoire de l'UE.

de l'article 85 du Traité de Rome (devenu postérieurement l'article 81 TCE et ensuite l'article 101 TFUE)) était applicable seulement aux entreprises européennes. Cet article comportait l'interdiction de tous accords entre entreprises « *qui tendraient sur le Marché commun, directement ou indirectement, à empêcher, restreindre ou fausser le jeu normal de la concurrence...* ». On voit que l'article 65 n'avait pas de disposition expresse limitant son champ d'application dans l'espace. Toutefois, une telle limitation était fournie implicitement par la qualification matérielle que ces dispositions donnent aux ententes qu'elles interdisaient. Ainsi, il est évident que l'article 65 avait une portée territoriale plus limitée que ses successeurs, en raison de la définition de la notion d'entreprise que comportait le Traité de Paris dans son article 80. En effet, aux termes de cette disposition, les entreprises, au sens du Traité, étaient « *celles qui exercent une activité de production dans le domaine du charbon et de l'acier « à l'intérieur des territoires C.E.C.A. »* » et, en outre, en ce qui concernait les articles 65 et 66 (les prédécesseurs des articles 101 et 102 TFUE), « *... les entreprises ou organismes qui exercent habituellement une activité de distribution autre que la vente aux consommateurs domestiques ou à l'artisanat* » (à l'intérieur des mêmes territoires).⁷

Ainsi, on peut en déduire que l'entente devait avoir été conclue entre des « entreprises C.E.C.A. » pour que l'article 65 fût applicable. Une entente entre une entreprise communautaire (européenne)⁸ et une ou plusieurs entreprises non-communautaires (non-européennes), et *a fortiori* une entente exclusivement entre entreprises non-communautaires, ne tombaient pas sous le coup de l'article 65. L'application extraterritoriale de l'article 65 était donc exclue par les termes du Traité de Paris.⁹

Toutefois, le Traité de Rome ne limitait pas la notion d' « entreprise » aux entités communautaires. Cependant, les ententes dont l'importance ne dépassait pas les limites des marchés intérieurs des États-membres restaient soumises au droit de la concurrence interne. L'article 85 ne visait que les ententes susceptibles d'affecter le commerce entre États-membres. Cet article comportait l'interdiction de tous accords entre entreprises « *qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États-membres et qui ont pour objet ou pour effet*

⁷ Paul ECKMAN, *L'application de l'article 85 du Traité de Rome aux ententes étrangères à la C.E.E. mais causant des restrictions à la concurrence à l'intérieur du Marché Commun*, Revue critique de droit international privé, 1965, pp. 501-502.

⁸ Suite à l'adoption du Traité de Lisbonne, dans le cadre de la thèse on utilise le terme « européen » pour les notions qui avant étaient qualifiées comme « communautaires ». Toutefois, parfois pour préserver le contexte historique on garde le terme ancien.

⁹ Paul ECKMAN, *L'application de l'article 85 du Traité de Rome aux ententes étrangères à la C.E.E.*, op.cit., p.502.

d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché commun ». Ainsi, pour qu'une telle entente tombe sous le coup de l'article 85, il suffit qu'elle ait comme objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun.¹⁰

Par conséquent, on peut conclure que l'ère de l'application extraterritoriale du droit européen de la concurrence a commencé avec l'adoption du Traité de Rome et aujourd'hui l'application des articles 101 et 102 TFUE suit les mêmes principes. Comme le disait déjà Robert Kovar dans les années quatre-vingt, « *aucune politique de la concurrence ne peut ignorer la dimension internationale* ». ¹¹

Différents facteurs ont mené à cette situation : premièrement, l'internationalisation croissante des économies, deuxièmement, le fait qu'une telle internationalisation ait poussé des entreprises à s'affranchir des limites étatiques et finalement, l'importance accordée aux marchés étrangers, dans la mesure où le développement des sociétés multinationales s'inscrit dans cette orientation.¹² Ainsi, l'application extraterritoriale du droit européen de la concurrence était inévitable.

Historiquement, la question de l'extraterritorialité s'est premièrement posée dans le cadre du droit pénal. Il s'agissait de savoir si un État pouvait, sans violer le droit international public, punir soit un crime, soit une atteinte à sa sécurité ou à son crédit dont un ou tous les éléments constitutifs s'étaient déroulés à l'extérieur de son territoire. Ce type d'affaires provoquait un différend entre deux pays, si l'un des deux, prenant fait et cause pour la personne accusée, contestait le droit de l'autre à réprimer l'acte incriminé. Toutefois, le débat ne s'élevait pas nécessairement au niveau interétatique. Ainsi si l'accusé était un ressortissant de l'État qui appliquait son droit ou si l'acte était vu avec une égale réprobation par l'État sur le territoire duquel il avait été totalement ou partiellement exécuté.¹³

C'est avec l'application extraterritoriale de plus en plus fréquente de lois de nature économique (comme, par exemple, le droit de la concurrence), sanctionnées pénalement, administrativement ou civilement, que les différends entre États ont surgi de façon régulière, chaque pays invoquant sa souveraineté économique soit pour agir, soit pour protester. La

¹⁰ Ibidem. p.504.

¹¹ Robert KOVAR, *Droit communautaire de la concurrence et droit international*, Cahiers de droit européen, 1986, p.127.

¹² Ibidem.

¹³ Paul DEMARET, *L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques: une question de droit ou de diplomatie?*, Revue trimestrielle de droit européen, 1985, p.2.

fréquence accrue des problèmes d'extraterritorialité en matière de droit de la concurrence est évidemment le reflet de l'internalisation de la vie économique. Responsable ou victime, un personnage est toujours en scène : l'entreprise multinationale.¹⁴

Il faut également souligner que l'économie moderne se caractérise par son caractère mondial et souvent ce sont les sociétés multinationales qui ont le plus de succès, qui sont les plus efficaces, qui produisent plus, qui créent plus. Le tableau suivant, construit sur base des rapports annuels les plus récents¹⁵, compile les dix sociétés générant le plus de revenus au monde. Toutes sont des sociétés multinationales :

Classement	Société	État d'origine	Autres zones d'activité
1	<i>Exxon Mobil</i>	États-Unis	Canada, Russie, UE...
2	<i>Royal Dutch Shell</i>	Pays-Bas	UE, Afrique du Sud, Philippines, Amérique du Nord...
3	<i>Walmart</i>	États-Unis	Chine, Inde, Brésil, Nigéria...
4	<i>BP</i>	Royaume-Uni	UE, ex-URSS, Colombie, États-Unis ...
5	<i>Vitol</i>	Pays-Bas	Ex-URSS, Afrique de l'Ouest...
6	<i>Sinopec</i>	Chine	Canada, Brésil, Afrique...
7	<i>Chevron</i>	États-Unis	Mexique, Nigéria, Australie...
8	<i>ConocoPhillips</i>	États-Unis	UE, Bangladesh...
9	<i>Samsung Group</i>	Corée du Sud	Présence mondiale
10	<i>Toyota Motors</i>	Japon	Amérique du Nord, Europe...

Le monde de l'économie mondialisé promeut le commerce international, il incite à la création d'entreprises multinationales ayant leurs filiales et les infrastructures partout dans le monde, qui vendent leur production dans chaque pays. Ainsi, chaque année il y a plus d'entreprises qui veulent sortir de leur marché d'origine et conquérir les marchés des autres pays, en suivant les exemples des grandes réussites de leurs glorieux aînés

On s'intéresse à l'histoire de la reconnaissance de l'extraterritorialité du droit de la concurrence dans le but de comprendre mieux la situation juridique actuelle. En constatant que de plus en plus d'entreprises des États tiers affectaient le marché européen, suite à leur

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Voir www.exxonmobil.com, www.shell.com, www.walmart.com, www.bp.com, www.vitol.com, english.sinopec.com, www.chevron.com, www.conocophillips.com, www.samsung.com, www.toyota-global.com, 06.09.2012.

activité économique internationale, l'UE a été obligée de s'occuper de ce problème en vue de protéger la concurrence sur son territoire et ses consommateurs. Ainsi, c'était surtout le développement du commerce international et l'apparition de plusieurs entreprises internationales sur le marché mondial qui ont poussé les autorités de l'UE à changer la réponse à notre question (« *deal or not to deal* » avec les entreprises des États tiers ?) vers la positive : « *to deal* ». L'UE a donc reconnu l'effet extraterritorial de son droit de la concurrence (dans le cadre de cette introduction on analysera le processus en détails).

Toutefois, le droit européen n'est pas le seul droit de la concurrence appliqué de manière extraterritoriale. Comme on le verra dans le cadre de la thèse, presque tous les pays prévoient l'application extraterritoriale de leur droit national de la concurrence, car ils affrontent les mêmes problèmes issus de la protection de la concurrence sur leurs marchés et la protection des consommateurs.

Il est important de souligner que l'idée d'appliquer le droit de la concurrence de manière extraterritoriale, née au sein du droit américain d'antitrust, est reprise aujourd'hui par presque tous les autres pays du monde. Néanmoins, avant qu'une telle pratique ne devînt reconnue et acceptée il y eut une longue période de « **guerre des lois** ».

Ainsi, c'était les États-Unis qui ont appliqué le droit antitrust de manière extraterritoriale pour la première fois en donnant naissance à la théorie de l'effet, laquelle théorie qui sera examinée plusieurs fois dans le cadre de cette recherche.

Dans son grand arrêt rendu dans l'affaire *United States v. Aluminum Company of America* (« *Alcoa* »)¹⁶, la Cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit a décidé que les tribunaux américains étaient compétents pour juger les comportements anti-concurrentiels adoptés à l'étranger si ceux-ci affectaient intentionnellement le commerce à l'intérieur des États-Unis. Cette décision est devenue la pierre angulaire de l'application du droit américain de la concurrence (ou le droit antitrust comme on l'appelle aux États-Unis) hors des frontières des États-Unis.¹⁷

Depuis *Alcoa*, cependant, l'application extraterritoriale du droit américain de la concurrence a été la cause de problèmes économiques et politiques croissants pour les États-Unis, et ceci pour plusieurs raisons. Seuls les États-Unis, l'Union européenne et

¹⁶ Voir *US v. Aluminium Co. of America* 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

¹⁷ *Reassessment of International Application of Antitrust Laws: Blocking Statutes, Balancing Tests, and Treble Damages* by Duke University School of Law, Law and Contemporary Problems, Vol.50, N° 3, Summer 1987, p.197. Accessible sur <http://www.jstor.org/stable/1191671>

l'Allemagne cherchent activement à appliquer leur droit de la concurrence hors de leurs frontières, et seul le droit américain permet d'obtenir des dommages punitifs dans le cadre d'une action de droit privé basée sur l'application extraterritoriale du droit de la concurrence.¹⁸

Les conflits de politique de concurrence entre nations ont causé de nombreux différends internationaux. Ils endommagent les relations internationales des États-Unis et ralentissent la promotion de sa politique extérieure. En fait, ces différends ont suscité des représailles, y compris **des contre-législations (*blocking statutes*)** qui démontrent un certain dédain pour le droit américain de la concurrence et sont conçues pour décourager son application extraterritoriale. Ces contre-législations étaient de deux natures : certaines empêchaient la collecte d'informations auprès de l'autorité étrangère, et d'autres privent de toute force les décisions judiciaires étrangères pouvant menacer les intérêts de personnes de manière extraterritoriale.¹⁹

Le Royaume-Uni, la France, le Canada et l'Australie figurent parmi les États qui ont adopté des contre-législations en réponse à une des actions entreprises par les États-Unis et perçues comme abusives, pour protéger leurs industries nationales du gouvernement américain et de demandeurs en justice dans le *Litige sur l'uranium*.

Le *Litige sur l'uranium*²⁰ a commencé dans les années 1970 lorsque le *Department of Justice* a enquêté sur l'industrie de l'extraction d'uranium. Parallèlement, des actions de droit privé ont été également déposées. Dans l'une d'entre elles, la société *Westinghouse Electric Corporation* alléguait que les producteurs d'uranium en dehors des États-Unis s'étaient entendus pour augmenter le prix de l'uranium dans une si large mesure que les contrats de Westinghouse étaient devenus en pratique inopérables. Lors de la phase pré-contentieuse, Westinghouse a essayé d'obtenir des documents et des témoignages de producteurs étrangers, ce qui a déclenché des représailles de la part des pays étrangers, lesquels croyaient que le *Litige sur l'uranium* n'était rien d'autre qu'un moyen déguisé utilisé par les États-Unis pour appliquer unilatéralement ses politiques commerciales et économiques à l'échelle mondiale.²¹

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem. pp. 197-198.

²⁰ *US v. Gulf Oil Corp.*, Crim. N° 78-123 (E.D.Pa., filed May 9, 1978).

²¹ *Reassessment of International Application of Antitrust Laws...*, *op.cit.*, pp.198-199.

Westinghouse a ainsi tenté d'obtenir des documents et des témoignages de dirigeants de Rio Tinto Zinc, Ltd., un producteur britannique d'uranium, nommé comme défendeur à l'action. A cet effet, Westinghouse a déposé une commission rogatoire auprès des tribunaux britanniques. Quand l'affaire est arrivée devant la Chambre des Lords, le gouvernement britannique est intervenu pour affirmer que les intérêts nationaux du Royaume-Uni exigeaient que les demandes d'informations fussent refusées.²²

En réponse au Litige sur l'uranium, le Canada a adopté de nouvelles règles limitant l'application extraterritoriale du droit américain de la concurrence : d'abord, le Canada a approuvé une nouvelle législation permettant à la Commission sur les règles restrictives du commerce de s'opposer à la mise en œuvre de jugements étrangers ayant un effet négatif sur la concurrence au Canada. En outre, le parlement canadien a approuvé le *Règlement sur la sécurité de l'information relative à l'uranium* en 1976. Ces nouvelles règles n'avaient pour but que d'empêcher la communication de documents situés au Canada aux parties américaines privées au *Litige sur l'uranium*.²³

Dans le cadre d'une action analogue, un tribunal américain n'avait pas appliqué la doctrine administrative de l'acte de gouvernement à un producteur français qui ne s'était pas présenté devant ce tribunal et en contestait la compétence. Le gouvernement français interprétait ce refus comme un rejet des principes de courtoisie internationale dans la mesure où ledit refus pouvait permettre aux juges d'un État d'enquêter sur la conduite des personnes agissant sur instruction d'une autre puissance publique souveraine. Finalement, la France a promulgué une contre-législation.²⁴

Enfin, le *Litige sur l'uranium* a entraîné l'adoption de deux nouvelles lois en Australie, l'une empêchant la communication d'information et l'autre l'application des jugements étrangers. Le gouvernement australien s'opposait fortement à l'enquête américaine à cause « des graves effets qu'un jugement prononçant des dommages-intérêts pourrait avoir sur l'économie australienne, dans des domaines tels que le financement de projets liés aux ressources naturelles, l'attractivité quant aux investissements étrangers, le commerce de l'uranium et d'autres matières premières, et la viabilité financière (...) des sociétés concernées, domaines qui jouent tous un rôle capital dans la production et l'exportation des ressources naturelles de l'Australie ». Ces deux nouvelles lois ont été adoptées peu après

²² Ibidem. p.199.

²³ Ibidem. p.200.

²⁴ Ibidem.

que Westinghouse a déposé des commissions rogatoires auprès des tribunaux australiens afin d'obtenir de nouvelles informations quant à la participation d'entités australiennes à l'entente. Malgré la loi contre la communication d'informations, les États-Unis ont continué leur enquête et tenté d'obtenir d'autres informations sur le rôle des entités australiennes. Le refus subséquent des producteurs australiens de se présenter devant le juge ont fait craindre à l'Australie que les tribunaux américains ne prononçassent des jugements par défaut contre les sociétés australiennes, ce qui a conduit ce pays a promulgué une loi autorisant l'*Attorney General* d'interdire l'application de jugements étrangers en droit de la concurrence devant le juge australien.²⁵

Certaines contre-législations contenaient des dispositions qui, simultanément, empêchaient la communication d'informations et rendaient les jugements étrangers caducs dans l'ordre juridique national. D'autres se concentraient sur un seul but ; ainsi, la loi française se bornait-elle à empêcher la communication d'informations économiques, commerciales et techniques dans la mesure où la sécurité ou les intérêts économiques essentiels de la France étaient touchés. La même loi a interdit également à quiconque, en France ou à l'étranger, de requérir la production de documents commerciaux de la part d'une entreprise française. La loi n'a pas eu besoin d'une mise en œuvre administrative pour s'appliquer.²⁶

A contrario, le *Protection of Trading Interests Act* approuvé par le parlement britannique a restreint à la fois la communication d'informations et l'applicabilité des jugements étrangers : la loi a autorisé le Secrétaire britannique au commerce d'empêcher toute communication d'informations lorsque lesdites informations sont hors de la compétence territoriale de l'autorité requérante et d'immobiliser l'application de jugements étrangers qui prononcent des jugements multiples contre des défendeurs britanniques. Le Secrétaire au commerce disposait d'une large autorité quant à toute obligation ou interdiction étrangère dans la mesure où les intérêts commerciaux du Royaume-Uni sont affectés. Enfin, la loi permettait aux défendeurs britanniques de récupérer le montant non-compensatoire des dommages-intérêts prononcés pour les conséquences des actes non entrepris dans le territoire de l'État qui a prononcé la décision en question.²⁷

²⁵ *Reassessment of International Application of Antitrust Laws...*, *op.cit.*, pp.200-201.

²⁶ *Ibidem*. p.201.

²⁷ *Ibidem*. p.202.

Enfin, le Canada et l'Australie ont également tous deux adopté des contre-législations dotés d'une très large portée.

Toutefois, il était évident le commerce international ne pouvait pas se développer dans le cadre de telle hostilité entre les États, il fallait mettre fin à cette « guerre des lois » comme à n'importe quelle autre guerre qui empêche de mener une vie économique normale. Ainsi, la seule solution était de conclure **des accords internationaux** en vue d'affronter le problème d'application extraterritoriale du droit de la concurrence.

Le premier accord bilatéral de ce type a été conclu en 1976 entre les deux nations qui disposaient à l'époque des moyens d'application du droit de la concurrence les plus étendus, à savoir les États-Unis et la République fédérale d'Allemagne. Suite au *Litige sur l'uranium* et aux contre-législations qui en ont résulté, les États-Unis ont conclu des accords analogues avec l'Australie, et, sous la forme d'un *memorandum of understanding*, avec le Canada. Simultanément, la France et la République fédérale d'Allemagne ont signé un traité similaire sur les questions de concurrence.²⁸

Tous les accords précités exigent une coopération extensive entre les autorités nationales de la concurrence et obligent leurs parties à s'efforcer d'arriver à des décisions mutuellement acceptables lorsque les autorités des deux pays sont compétentes. Le processus a été notablement amélioré par l'accord sur l'application du droit de la concurrence signé par les États-Unis et la Commission européenne en septembre 1991.²⁹

Toutefois, il faut souligner que cet accord a été annulé suite à la décision de la Cour de Justice *France c/ Commission* de 1994.³⁰ Selon la Cour, la Commission a dépassé ses compétences en concluant un tel accord.

Néanmoins, la coopération entre l'UE et les États-Unis concernant le droit de la concurrence a continué de se développer et l'Accord entre le gouvernement des États-Unis d'Amérique et la Commission des Communautés européennes concernant l'application de leurs règles de concurrence a été signé en 1995. Une telle coopération continue à

²⁸ P. M. ROTH, *Reasonable Extraterritoriality: Correcting the „Balance of Interests“*, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 41 N° 2 April 1992, p. 269. Accessible sur <http://www.jstor.org/stable/760921> Les accords bilatéraux concernant la coopération dans le domaine du droit de la concurrence sont analysés en détails dans le Chapitre 2 du Titre I de la thèse.

²⁹ Cet accord a développé le cadre esquissé par les quatre accords bilatéraux qui l'ont précédé. Il a prévu, entre autres, une notification des enquête et une consultation entre autorités de la concurrence, une coordination entre les autorités chargées de l'exécution forcée, la possibilité pour une partie de demander à l'autre de commencer une enquête sur les activités qui affectent ses activités importantes, et une obligation pour les deux parties de prendre en considération les intérêts décisifs de l'autre avant de décider de lancer ou de modifier une enquête ou une procédure et quant à la sanction recherchée.

³⁰ CJCE, 9.08.1994, *France c/ Commission*, Aff. C-327/91, Rec. 1994 p.I-03641.

s'intensifier et on présentera les accords entre l'UE et les États-Unis concernant le droit et la politique de la concurrence de manière plus détaillée dans le Chapitre 2 du Titre I de la thèse.

Il faut noter que l'élan décisif aux États-Unis en faveur de la conclusion d'un accord avec l'UE n'est pas venu en réponse aux protestations européennes contre l'application extraterritoriale du droit américain mais, au contraire, des craintes américaines quant à l'application extraterritoriale du droit européen de la concurrence.³¹

Ainsi, on voit que l'UE a suivi en quelque sorte le mouvement général en décidant d'appliquer son droit de la concurrence de manière extraterritoriale, ce qui était économiquement et juridiquement logique et même nécessaire dans le but de protéger le marché européen et les consommateurs européens.

3. Structure. Toutefois, comme on l'a décrit au-dessus, premièrement, l'application extraterritoriale du droit européen de la concurrence se produisait de manière directe, mais au fil du temps plusieurs pays du monde ont commencé de suivre l'exemple de l'UE et adopter les lois nationales rassemblant beaucoup au droit européen de la concurrence. On appellera dans le cadre de cette thèse cette expansion « en douceur » du modèle européen « *l'application indirecte extraterritoriale du droit européen de la concurrence* ». Cependant après avoir analysé l'application directe et indirecte du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers on verra que plusieurs problèmes naissent d'une telle application et la solution qui paraît être la plus efficace est l'adoption d'un accord international sur la concurrence au sein de l'OMC. Ainsi, la thèse est divisée en trois parties : *L'application directe du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers (I)*, *L'application indirecte du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers (II)* et *Vers un accord international sur la concurrence (III)*.

Cette structure permet de présenter les problèmes, les analyser et proposer une des solutions possibles. On espère vivement que cette thèse pourra être utile pour plusieurs États et organisations régionales et internationales (y compris l'UE) ainsi que pour les entreprises partout dans le monde, et qu'elle intéressera les académiciens ainsi que les praticiens.

³¹ P. M. ROTH, *Reasonable Extraterritoriality: Correcting the „Balance of Interests“*, op.cit., p.271.

PARTIE I. L'APPLICATION DIRECTE DU DROIT EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE AUX ENTREPRISES DES ÉTATS TIERS.

4. L'application « directe ». Comme on l'a montré auparavant, l'application directe de droit européen de la concurrence aux entreprises non-européennes a été commencée suite à l'adoption du Traité de Rome (articles 85 et 86) (voir paragraphe 2).

Tout d'abord, il est utile de clarifier que dans le cadre de cette thèse sous l'expression « *l'application extraterritoriale directe du droit européen de la concurrence* » on comprend l'application du droit telle comme on la connaît : les entreprises des États tiers touchant au marché européen sont obligées de respecter les exigences du droit européen de la concurrence, et s'ils les violent la Commission européenne peut infliger les sanctions. Toutefois, si l'entreprise n'est pas d'accord avec la décision de la Commission elle peut porter plainte devant le Tribunal et la Cour de Justice. Cependant, il est possible aussi pour les autorités nationales des États membres de l'UE d'appliquer le droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers, ainsi que leurs droits nationaux de la concurrence, et ces procédures seront examinées attentivement dans la thèse.

Par conséquent, la question logique se pose : comment exactement le droit européen de la concurrence est appliqué de manière extraterritoriale ? On observe que par la voie de l'application de normes essentielles (articles 101, 102 TFUE) les institutions européennes (la Commission, la Cour de Justice et le Tribunal) ont développé les nouvelles conditions de l'application du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers – telles quelles sont, par exemple, *la doctrine de l'effet, la règle de raison, la considération du contexte économique*, etc. Ainsi, dans le cadre du Titre I de la présente partie toutes ces conditions seront scrupuleusement analysées en vue d'expliquer quand le droit européen de la concurrence sera appliqué aux entreprises non-européennes, quelle sera la procédure, et quels sont les conséquences de telle application.

La deuxième question qui se pose dans le cadre de l'analyse de l'application directe du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers concerne les difficultés qui apparaissent en l'occurrence. Dans le but de répondre à la question le principe *non bis in idem* sera examiné, à la suite – les possibles conflits de lois. Il faut souligner que entreprises

des États tiers doivent prendre en considération les normes du droit européen de la concurrence, les normes du droit national, les normes internationales (comme par exemple, les normes du droit de l'OMC touchant au concurrence). Il existe aussi la possibilité du conflit entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence et entre le droit international privé et le droit de la concurrence.

Tous ces problèmes sont analysés dans le cadre de la première partie de la thèse divisée en deux titres : *La réglementation européenne de l'activité d'entreprises des États tiers touchant au marché européen* et *Les difficultés issues de l'application du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers*.

Néanmoins, non seulement l'application directe du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers est possible. Dans le cadre de la deuxième partie de la thèse l'application indirecte du droit européen de la concurrence sera analysé en détails.

Titre I. LA RÉGLEMENTATION EUROPÉENNE DE L'ACTIVITÉ D'ENTREPRISES DES ÉTATS TIERS TOUCHANT AU MARCHÉ EUROPÉEN.

5. Comme on a conclu dans le cadre de l'Introduction Générale (voir paragraphes 1 et 2) le droit européen de la concurrence est tout à fait applicable aux entreprises des États tiers. Ainsi, en continuant la recherche, on pose plusieurs questions au sein du Titre I de la première partie de la thèse. Premièrement, il faut préciser qui applique le droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers et de quelle façon ? Deuxièmement, il est nécessaire de montrer clairement quels problèmes apparaissent en cas d'application du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers ?

Par conséquent, le Titre I est divisé en deux chapitres : le premier est consacré à ***la réglementation de la concurrence sur le marché européen vis-à-vis aux entreprises non-européennes*** et le deuxième à ***la procédure d'application des normes du droit européen aux entreprises des États tiers***. Conséquemment, les conditions dans lesquelles les entreprises des États tiers sont obligées de prendre en considération les règles européennes de la concurrence et, donc, de les respecter seront analysées et aussi quelles sont les conséquences, pour une entreprise non-européenne, en cas de violation du droit européen de la concurrence.

Chapitre 1. L'application du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers. La réglementation.

*« C'est la concurrence qui met un prix juste aux marchandises
et qui établit les vrais rapports entre elles ».*

*Montesquieu,
De l'Esprit des lois.³²*

6. Les notions de base et la réglementation. Dans le cadre du présent chapitre, l'accent sera mis sur les normes matérielles du droit européen de la concurrence applicables surtout aux entreprises non-européennes, ce qui servira de fondement pour toute la recherche. Ainsi, le chapitre est divisé en cinq sections : (1) **la notion d'entreprise**, (2) **la théorie de l'effet comme le fondement de l'applicabilité du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers**, (3) **les règles essentielles du droit européen de la concurrence applicables aux entreprises des États tiers**, (4) **les institutions européennes appliquant telles règles**, et (5) **les conditions et critères d'application de ces règles élaborées par les institutions compétentes**. Ces sections schématisent le système du concept de l'application du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers. Sans l'adoption de la théorie de l'effet, il est impossible d'appliquer le droit européen de la concurrence de manière extraterritoriale ; dès qu'on admet l'applicabilité du droit européen de la concurrence aux entreprises non-européennes, on doit identifier à qui exactement ces normes sont destinées, quelles sont les règles essentielles, autrement dit, quelle est la base du droit européen de la concurrence, et, finalement, qui applique ces règles et de quelle façon.

³² Sur la nature du droit de la concurrence voir, par exemple, Oles ANDRIYCHUK, *Rediscovering the Spirit of Competition: On the Normative Value of the Competitive Process*, European Competition Journal, Vol. 6 N° 3 December 2010, pp. 575-610. Voir aussi Roger J. VAN DER BERGH, Peter D. CAMESASCA, *European Competition Law and Economics. A Comparative Perspective*, Intersentia, 2001, 598 p.; *Competition Law: European Community. Practice and Procedure. Article-by-Article Commentary*, 1st edition, general editors: Günter HIRSH, Frank MONTAG, Franz Jürgen SACKER, Sweet&Maxwell, London, 2008, 2845p. et Ioannis LIANOS, *La Transformation du Droit de la Concurrence par le Recours à l'Analyse Economique*, Emile Bruylant, 2007, 1688p.

Après avoir discuté et analysé attentivement ces cinq sujets on pourra aborder les questions plus complexes, mentionnées ci-dessus. Toutefois, avant de commencer l'analyse de questions particulières et spécifiques, il est nécessaire, comme énoncé déjà plusieurs fois, de présenter la base législative et les principes fondamentaux du droit européen de la concurrence concernant les entreprises non-européennes (comme, par exemple, la fameuse théorie de l'effet) et les institutions essentielles appliquant ce droit dans le but de présenter le cadre général de la thèse en vue de montrer la nécessité d'adoption des normes internationales du droit de la concurrence dans le but de protéger la concurrence de manière efficace et adéquate dans le monde de l'économie globale.

Section 1. Définir l'entreprise.

Comme la présente thèse est consacrée aux entreprises il est plus que nécessaire de définir la notion d' « entreprise ». Ainsi, ce paragraphe est consacré à la définition de la *notion d'entreprise*, de *l'unité d'entreprise* et des *relations mère-filiale*.

§ 1. La notion d'entreprise.

7. Tout d'abord, il faut souligner que les articles 101 et 102 TFUE visent expressément les comportements adoptés par les entreprises, pourtant la notion d'entreprise n'est pas définie par le Traité, de telle sorte que tout effort pour définir la notion d'entreprise doit s'appuyer essentiellement sur la jurisprudence.

Très tôt, la Cour de justice a précisé que la notion d' « entreprise » était avant tout de nature économique.³³ L'accent mis sur *l'unité économique* plutôt que sur l'entité juridique était clairement énoncé, par exemple, dans l'arrêt *Hydrotherm* en 1984³⁴:

“La notion d'entreprise, placée dans un contexte de droit de la concurrence, doit être comprise comme désignant une unité économique du point de vue de l'objet de l'accord en cause même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs

³³ « L'entreprise est constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels, rattachée à un sujet juridiquement autonome, et poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé », CJCE, 12.07.1962, *Mannesmann c/ Haute Autorité*, Aff. 19/61, Rec. 00675, point 705.

³⁴ CJCE, 12.07.1984, *Hydrotherm Gerätebau GmbH v Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas.*, Aff. C 170/83, Rec. 1984 p. 02999, point 11.

personnes, physiques ou morales”.³⁵ La définition d’un ensemble donné de personnes comme “entreprise” est un des critères les plus cruciaux de l’analyse de la Commission et de la Cour de Justice dans le cadre de l’application des articles 101 et 102 TFUE, dans la mesure où ces articles, situés au cœur même du droit européen de la concurrence, sont destinés aux entreprises et y sont applicables sans considération de leur nature juridique ni de leur organisation. Cependant, il faut noter que, pour des raisons d’applicabilité effective, les décisions statuant sur une infraction ne peuvent être adressées qu’aux entités dotées de la personnalité morale.³⁶

En outre, dans l’affaire *General Química et autres c. Commission*³⁷ la Cour a décrit la notion d’entreprise de manière très précise. En premier lieu, il est réaffirmé qu’une “entreprise” est toute entité poursuivant une activité économique, sans considération de son financement ni de son statut juridique³⁸, et que, par ailleurs, elle doit s’analyser en une unité économique, laquelle peut se composer de personnes juridiquement distinctes. Il en résulte logiquement que, puisque toute entité économique violant le droit de la concurrence doit répondre de cette violation eu égard au principe de responsabilité personnelle³⁹, la filiale ne peut esquiver la responsabilité découlant des actes commis par sa filiale lorsque mère et filiale ne font qu’une seule et même unité économique, en particulier lorsque, bien que dotée d’une personnalité juridique distincte, cette filiale ne décide pas de son comportement sur le marché de manière indépendante, mais au contraire se contente de mettre en œuvre, pour toutes les questions importantes, les instructions reçues de la société-mère, au vu des liens économiques, organisationnels et juridiques entre les deux

³⁵ Voir aussi TPI, 10.03.1992, *Shell International Chemical Company c/ Commission*, Aff. T-11/89, Rec. 1992 p. II-00757, point 311 ; CJCE, 24.10.1996, *Viho Europe BV v Commission*, Aff. C-73/95 P, Rec. 1996 p. I-05457, points 50, 53 ; TPI, 11.03.1999, *ARBED c/ Commission*, Aff. T-137/94, Rec. 1999 p. II-00303, point 90, et TPI, 11.03.1999, *Unimétal c/ Commission*, Aff. T-145/94, Rec. 1999 p. II-00585, point 600.

³⁶ CJCE, 10.09.2009, *Akzo Nobel et a. c/ Commission*, C-97/08 P, Rec. 2009 p. I-08237, point 57: « L’infraction au droit communautaire de la concurrence doit être imputée sans équivoque à une personne juridique qui sera susceptible de se voir infliger des amendes et la communication des griefs doit être adressée à cette dernière (...). Il importe également que la communication des griefs indique en quelle qualité une personne juridique se voit reprocher les faits allégués ». Voir aussi Richard BURNLEY, *Group Liability for Antitrust Infringements: Responsibility and Accountability*, World Competition Journal, Volume 33, Issue 4, December 2010, p.596.

³⁷ CJCE, 20.01.2011, *General Química et a. c/ Commission*, Aff. C-90/09 P, points 34-40.

³⁸ Voir CJCE, 28.06.2005, *Dansk Rørindustri et a. c/ Commission* Aff. jointes C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P to C-208/02 P et C-213/02 P Rec. 2005 I-5488, point 112; CJCE, 10.01.2006, *Cassa di Risparmio di Firenze et a.*, Aff. C-222/04, Rec. 2006 p. I-00289, point 107, et CJCE, 11.07.2006, *FENIN c/ Commission*, Aff. C-205/03 P, Rec. 2006 p. I-06295, point 25.

³⁹ *Akzo Nobel et a. c/ Commission*, point 56.

personnes morales⁴⁰, ou suivant la présomption de détention totale énoncée dans l'arrêt *Akzo*.

De leur côté, les juristes américains trouvent le concept d'« entreprise » sibyllin, et tandis que presque chaque analyse de la Cour de Justice ou de la Commission commence par chercher à établir si les acteurs représentent une entreprise ou une association d'entreprises, les tribunaux américains ne consacrent presque pas d'énergie à rechercher si le droit antitrust s'applique aux entités en cause. Cependant, comme il était mentionné au-dessus, le TFUE ne définit pas le terme « entreprise ».⁴¹

Comme on l'a noté auparavant, la jurisprudence énonce que la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette activité et de son mode de financement. Il peut s'agir d'un démembrement de l'État sans personnalité juridique autonome (service de monnaies et médailles, direction de la météorologie nationale en France), d'une société, d'un établissement public, de coopératives, de fondations, d'entreprises artisanales ou de personnes physiques exerçant une activité économique.⁴²

8. L'activité économique. La question qui se pose est alors la suivante : qu'est-ce qu'une « **activité économique** » ? Selon la doctrine, il s'agit de « *toute activité durable qui consiste à produire, distribuer ou commercialiser à ses risques un bien ou un service sans qu'il y ait lieu de considérer la nature de l'activité, la nature du bien ou du service, ni la qualité ou le statut de l'entité qui exerce cette activité* »⁴³. Toutefois, la Commission européenne définit une « activité économique » comme « *une activité, à but lucratif ou non, qui implique des échanges économiques* »⁴⁴. La nature de l'activité économique en cause importe peu au regard de la qualification. S'agissant des entités de droit privé, le principe a été appliqué aux hypothèses les plus diverses, par exemple, aux expéditeurs en douane⁴⁵, aux organisations

⁴⁰ *Akzo Nobel et a. c/ Commission*, point 58.

⁴¹ *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*, reviewed by Terry CALVANI, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 51, N° 4/Winter 2006/ 1023.

⁴² Catherine GRYNFOGEL, *Droit communautaire de la concurrence*, L.G.D.L., Paris, 2008, pp.17-19.

⁴³ Ch. BOLZE, *Revue de Jurisprudence communautaire*, n° spécial, Novembre 1987, cité par Catherine GRYNFOGEL, *Droit communautaire de la concurrence*, L.G.D.L., Paris, 2008, pp.17.

⁴⁴ Décision de la Commission, du 20 juillet 1999, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE et de l'article 54 de l'accord EEE (Affaire n° IV/36.888 - Coupe du monde de football 1998) [notifiée sous le numéro C(1999) 2295].

⁴⁵ TPI, 30.03.2000, *CNSD c/ Commission*, Aff. T-513/93, Rec. 2000 p. II-01807.

sanitaires⁴⁶, aux mandataires agréés auprès de l'Office européen de brevets⁴⁷, aux architectes⁴⁸ et aux avocats, qui, exerçant une activité économique, sont qualifiés d'entreprises au sens du droit européen de la concurrence « *sans que la nature complexe et technique des services qu'ils fournissent et la circonstance que l'exercice de leur profession est réglementé soient de nature à modifier une telle conclusion* »^{49, 50}.

Pourtant, c'est le fait d'offrir des biens ou des services sur un marché donné qui caractérise la notion d'activité économique, non l'activité d'achat en tant que telle⁵¹. Celle-ci ne relève du droit de la concurrence que si elle s'effectue en vue d'une revente sur le marché. Dès lors, c'est bien le caractère économique de l'utilisation ultérieure du produit acheté qui déterminera le caractère de l'activité d'achat. Par application de ces principes, l'organisme gérant le système national de santé publique en Espagne – qui fournit gratuitement des prestations de santé à ses assurés – ne constitue pas une entreprise, lorsqu'il achète les produits utilisés dans les hôpitaux espagnols à une association (la FENIN) : dans ce cas, il ne vend pas ses prestations sur un marché.⁵² Cela étant, ce premier critère de l'entreprise connaît deux exceptions, à savoir l'exercice de prérogatives de puissance publique et l'accomplissement d'une fonction exclusivement sociale.⁵³

§ 2. La responsabilité de la société-mère.

9. Après avoir défini la notion de l'entreprise, il est logique d'analyser les relations entre la société-mère et sa filiale, comme il arrive souvent qu'une entreprise européenne soit une filiale d'une plus grande entreprise non-européenne. Ainsi, on pose la question de savoir s'il est possible d'imposer également des amendes à la société-mère du fait des violations du droit de la concurrence commises par sa filiale sur le marché européen ? Cette question était abordée pour la première fois à la même époque que la théorie de l'effet était formulée dans l'arrêt *Béguelin*.

⁴⁶ CJCE, 25.10.2001, *Firma Ambulanz Glöckner c/ Landkreis Südwestpfalz*, Aff. C-475/99, Rec. 2001 p. I-08089.

⁴⁷ TPI, 28.03.2001, *IMA c/ Commission*, Aff. T-144/99, Rec. 2001 p. II-01087.

⁴⁸ CJCE, 29.11.2001, *Giuseppe Conte c/ Stefania Rossi*, Aff. C-221/99, Rec. 2001 p. I-09359.

⁴⁹ CJCE, 19.02.2002, *Wouters et a.*, Aff. C-309/99, Rec. 2002 p. I-01577.

⁵⁰ Voir Catherine GRYNFOGEL, *Droit communautaire de la concurrence*, L.G.D.L., Paris, 2008, pp.17-19.

⁵¹ FENIN, C-205/03 P, *op.cit.*

⁵² Catherine GRYNFOGEL, *Droit communautaire de la concurrence*, L.G.D.L., Paris, 2008, pp.17-19.

⁵³ Ibidem.

Ce furent les arrêts *Sandoz* et *Geigy* (aussi connu comme l'affaire « matières colorantes » et « Dyestuffs ») qui se prononcèrent sur la possibilité de poursuivre une entreprise ayant son siège dans un pays tiers pour les restrictions de la concurrence survenues sur le marché européen⁵⁴. Dans le cadre de ces arrêts la Cour précise que le comportement des filiales d'entreprises étrangères qui avaient déterminé de manière impérative les prix et les autres conditions de vente de ces filiales mettait directement en cause les sociétés mères étrangères. Pour l'application de l'article 101 TFUE (à cette époque l'article 85 TCE) à une entreprise d'un pays tiers, il n'est pas requis que cette entreprise dispose d'un établissement à l'intérieur du marché interne (point 13).⁵⁵ La responsabilité de la société-mère en droit européen de la concurrence est aussi discutée en détails dans la le cadre de deuxième partie du présent chapitre.

Selon *Sandoz* et *Geigy* : « La Communauté a le pouvoir de prendre les dispositions nécessaires pour garantir l'efficacité des mesures instituées en vue d'atteindre les comportements préjudiciables à la concurrence qui se sont manifestés dans le marché commun, même si l'auteur de ces faits a son siège dans un pays tiers » (point 4).

Un an plus tard, dans l'arrêt *Europemballage Corporation et Continental Can Company*⁵⁶ la Cour se trouva confrontée encore une fois au même problème. La société américaine Continental Can avait pris, par l'intermédiaire de sa filiale à 100 % Europemballage Corporation, contrôle de la plus importante entreprise allemande fabriquant des emballages métalliques, puis celui de la plus grande entreprise néerlandaise du même secteur.⁵⁷

La Commission avait condamné cette dernière acquisition sur base de l'article 86 TCE (102 TFUE), estimant que Continental Can détenait une position dominante et avait ainsi exploité abusivement cette position. Les sociétés Continental Can et Europemballage avaient introduit un recours en annulation devant la Cour. Quoique, en l'espèce, la Cour ait

⁵⁴ CJCE, 14.07.1972, *Sandoz AG c/ Commission*, Aff. 53-69, Rec. 1972, p. 00845 ; CJCE, 14.07.1972, *J.R. Geigy AG c/ Commission*, Aff. 52-69, Rec. 1972, p. 00787. Voir aussi *Imperial Chemical Industries Ltd. c/ Commission*, Aff. 48-69 ; *Badische Anilin- & Soda-Fabrik AG c/ Commission*, Aff. 49-69 ; *Farbenfabriken Bayer AG c/ Commission*, Aff. 51-69 ; *SA française des matières colorantes (Francolor) c/ Commission*, Aff. 54-69 ; *Casella Farbwerke Mainkur AG c/ Commission*, Aff. 55-69 ; *Farbwerke Hoechst AG c/ Commission*, Aff. 56-69 ; *Azienda Colori Nazionali - ACNA S.p.A. c/ Commission*, Aff. 57-69.

⁵⁵ Alex JAQUEMIN, *Entreprises étrangères et politique européenne de concurrence*, Revue trimestrielle de droit européen, 1973, p.415-416.

⁵⁶ CJCE, 21.02.1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company c/ Commission*, Aff. 6-72, Rec. 1973, p. 00215. Voir aussi Valentine KORAH, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 9th edition, Hart Publishing, Portland, 2007, p.144.

⁵⁷ Alex JAQUEMIN, *Entreprises étrangères et politique européenne de concurrence*, op.cit., p.420.

effectivement annulé la décision de la Commission parce que cette dernière n'avait pas délimité assez nettement le marché en cause, elle a cependant confirmé l'interprétation extensive que la Commission a donné à l'article 86 (102 TFUE).⁵⁸

Au cours des plaidoiries, les parties requérantes ont évoqué l'argument selon lequel la Commission aurait outrepassé ses pouvoirs : la décision attaquée (les articles 1 à 3) visait Continental Can qui, n'ayant pas de siège et n'exerçant aucune activité sur le territoire des États membres, ne serait pas, selon les principes généraux du droit des gens, soumise à l'autorité de la Commission, ni à la juridiction de la Cour de Justice. Autrement dit, on ne saurait imputer à cette entreprise le comportement de sa filiale, sans porter atteinte au principe fondamental de l'autonomie de la personnalité juridique.⁵⁹

La Commission a rétorqué que même en appliquant strictement le principe de « territorialité », il ne fait pas de doute que les États (ainsi que l'UE (CE à cette époque)) sont habilités à appliquer leur législation aux actes accomplis sur le territoire d'exercice de leur souveraineté, quelle que soit la nationalité des auteurs de ces actes. Continental a précisément agi à l'intérieur de la Communauté (l'UE) par l'intermédiaire d'une filiale. Les arguments des requérants relèvent dès lors d'une « coopération formelle ». Compte tenu du but dans lequel Continental a constitué Europemballage et du fait que celle-ci, bien qu'ayant une personnalité juridique, n'avait aucune indépendance économique, on ne saurait prendre en considération la personnalité juridique d'Europemballage aux fins d'application du droit européen de la concurrence. Ainsi, dans son arrêt, la Cour donne, sur ce point, raison à la Commission.⁶⁰ Le fait que la filiale ait une personnalité juridique distincte ne suffit pas pour écarter la possibilité de son comportement soit imputé à la société-mère ; le fait que Continental Can n'était pas établi sur le territoire d'un des États membres ne suffit pas pour la soustraire à l'application du droit européen de la concurrence.⁶¹

Trente ans plus tard la Cour réaffirme cette position dans sa décision *Archer*⁶² en énonçant que : « *La société, au sein d'un groupe, assure la coordination de la production et*

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Ibidem. Voir aussi Jean BOULOUIS, Roger-Michel CHEVALLIER, Daniel FASQUELLE, Mark BLANQUET, *Les grands arrêts de la jurisprudence communautaire*, Tome 2. Droit communautaire des affaires. Marché intérieur. Politiques communautaires. 5^e édition. Dalloz, Paris. 2002, pp.310-325.

⁶² TPI, 9.07.2003, *Archer Daniels Midland Company et Archer Daniels Midland Ingredients Ltd c/ Commission*, Aff. T-224/00, Rec. 2003 p. II-02597.

de la vente des produits sur le marché européen est concernée directement et individuellement par une décision, prise par la Commission sur le fondement de l'article 85 du Traité, adressée à une autre société du même groupe établie dans l'un des États membres et relative à sa politique de livraison vers un autre État membre ».

Aujourd'hui en cherchant à imputer la violation du droit européen de la concurrence à d'une filiale à sa société-mère la Commission Européenne utilise un algorithme en trois étapes :

- 1) Elle identifie quelle entité exacte s'est conduite illégalement (par exemple, une fois établi que des employés⁶³ ou des mandataires effectifs⁶⁴ ont eu des contacts constitutifs d'une collusion, leur employeur ou mandant sera responsable de leurs actes même s'ils ignoraient que le représentant de l'entreprise avait commis l'infraction en question);
- 2) Puis elle vérifie si la personne morale en jeu fait partie d'un groupe qui pourra être tenu *responsable* de l'infraction en qualité d' "*unité économique*";
- 3) Enfin elle détermine quelle(s) entité(s), à l'intérieur de cette entité économique unique, sera(ont) tenue(s) responsable(s) de l'infraction pour ce qui est de l'imposition de l'amende.

Il convient de noter que, lorsqu'il est prouvé que la société-mère a donné des instructions à sa filiale ayant pris part à l'entente ou était consciente du comportement incriminé (sans être intervenue), ladite société mère sera considérée comme participant directe à la violation de la réglementation sur les ententes, et partant, responsable directement et individuellement. Par ailleurs, les sociétés situées au-dessus de la filiale à des niveaux divers de l'organigramme peuvent être tenues solidairement responsables pour avoir exercé leur influence sur la politique commerciale de la filiale en infraction, ce qui renforce les conclusions de la Commission lors de leur examen subséquent par la Cour.⁶⁵

⁶³ CJCE, 7.06.1983, *Musique diffusion française e.a. c/ Commission*, Aff. jointes 100/80 à 103/80, Rec. 1983 p. 01825, point 97; TPI, 20.03.2002, *HFB e.a. c/ Commission*, Aff. T-9/99, Rec. 2002 p. II-01487, point 275; TPI, 20.03.2003, *Brugg Rohrsysteme c/ Commission*, Aff. T-15/99, Rec. 2002 p. II-01613, point 58; TPI, 29.04.2004, *Tokai Carbon v Commission*, Aff. T-236/01, Rec. 2004 p. II-01181, point 277.

⁶⁴ TPI, 11.12.2003, *Minoan Lines c/ Commission*, Aff. T-66/99, Rec. 2003 p. II-05515, points 138-139.

⁶⁵ Pour plus d'information sur la responsabilité parentale en droit européen de la concurrence voir Ekaterina ISLENTYEVA, *Like father like son – The parental liability under the EU competition law today*, Global Antitrust Review 2011, accessible sur <http://www.icc.qmul.ac.uk/GAR/GAR2011/GAR%20journal%202011.pdf>

I. L'unité économique.

10. Les actions entreprises par une filiale peuvent, selon la Cour de Justice et la Commission Européenne, être imputées à sa société-mère lorsque ladite filiale ne détermine pas sa propre conduite sur le marché de manière indépendante, mais au contraire, se contente de mettre en œuvre, pour toutes les questions importantes, les instructions reçues de la société-mère, au vu des liens économiques, organisationnels et juridiques entre les deux personnes morales. Dans une telle situation, mère et fille constituent **une unité économique** et donc une seule et même entreprise au sens du droit européen de la concurrence.⁶⁶

Il est intéressant de noter que dans l'affaire *Imperial Chemical Industries Ltd c/ Commission* en 1972 (aussi connu comme *ICI*, « matières colorantes » et « Dyestuffs ») la Cour de Justice avait la possibilité de se prononcer sur l'application extraterritoriale du droit de la concurrence, mais s'est abstenue de statuer sur l'existence ou l'absence de la doctrine d'effet dans le cadre du droit européen de la concurrence et a fondé sa décision sur la doctrine de l'unité économique. Le jugement était critiqué à l'égard de ladite approche, surtout en prenant en considération le fait que les preuves d'existence de l'unité économique n'étaient guère substantielles.⁶⁷ Pourtant la Commission, supportée par l'Avocat général Mayras, a favorisé l'acceptation de la doctrine d'effet⁶⁸. Elle a soutenu l'idée que les effets substantiels et prévisibles sur le marché européen devaient provoquer l'application du droit européen de la concurrence.⁶⁹

L'autre arrêt important à mentionner dans le cadre de cette discussion est l'arrêt *Knauf Gips*.⁷⁰ Cette décision rendue par la CJUE a fourni d'intéressantes pistes quant aux caractéristiques de ladite unité économique dans une situation (idiosyncratique) de sociétés-sœurs détenues par une seule famille. La Cour a rappelé à la société appelante (Knauf Gips) que *“L'existence d'une unité économique peut ainsi être déduite d'un faisceau d'éléments*

⁶⁶ *Akzo Nobel e.a. c/ Commission*, op.cit., voir aussi Erik H. PIJNACKER HORDIJK and Simone J. H. EVANS, *The Akzo Case: Up a Corporate tree for Parental Liability for Competition Law Infringements*, Journal of European Competition Law and practice, 2010, Vol.1, No. 2, p.127.

⁶⁷ Ariel EZRACHI, *EC Competition Law. An Analytical Guide to the Leading Cases*, Hart Publishing, Portland, 2008, p. 277.

⁶⁸ Conclusions jointes de l'Avocat général Mayras présentées le 2 mai 1972, Rec. 1972 p. 00619.

⁶⁹ Ariel EZRACHI, *EC Competition Law. An Analytical Guide to the Leading Cases*, op.cit., pp. 273-274.

⁷⁰ CJCE, 01.07.2010, *Knauf Gips KG v Commission*, Aff. C-407/08 P, Rec. 2010 p. I-06375.

concordants, même si aucun de ces éléments, pris isolément, ne suffit pour établir l'existence d'une telle unité."⁷¹

Le regroupement de la mère et de la fille dans une seule et même entreprise permet à la Commission européenne et à la Cour de les déclarer toutes deux responsables pour les infractions du droit des ententes commises directement par la fille seulement. De surcroît, il est de jurisprudence constante que la Commission a la pouvoir d'imputer la responsabilité découlant d'une conduite illégale soit à la mère, soit à la fille, soit à la mère et à la fille de manière solidaire.⁷²

II. Influence décisive: tel père, tel fils.

11. Généralement, selon la jurisprudence européenne, la société-mère peut exercer une influence décisive sur la conduite de sa filiale et il y a une présomption réfragable que ladite société-mère exerce *effectivement* cette influence sur sa filiale. Le critère essentiel consiste en l'exercice réel par la société-mère d'une influence décisive sur la conduite de sa filiale, laquelle influence peut être présumée lorsque la mère détient près de 100 % du capital social de sa filiale. Si une telle influence existe bel et bien, la société-mère peut être tenue responsable de l'infraction du droit européen de la concurrence commise par sa filiale, à moins qu'elle ne parvienne à démontrer la complète autonomie de cette filiale. Bien qu'en droit européen des fusions, la simple possibilité de contrôle suffise à caractériser une concentration pour les besoins de l'imputation des violations des articles 101 ou 102 TFEU, il est nécessaire de prouver à la fois l'existence d'une possibilité de contrôle et celle de l'exercice effectif dudit contrôle (lequel peut être présumé dans les conditions prévues par la jurisprudence).

⁷¹ En l'espèce, les actionnaires de la société-mère et des autres sociétés du groupe sont les mêmes, à savoir 21 personnes physiques appartenant à la même famille; les deux associés en charge de la gestion de la société-mère occupaient cette même fonction auprès des autres sociétés; un contrat de famille stipule enfin que les sociétés du groupe seront soumises à une direction et une gestion uniques. De manière encore plus remarquable, la Cour a pris note que toutes les statistiques de vente communiqués par l'appelante faisaient référence à l'intégralité des sociétés du groupe et que ladite appelante a, de manière spontanée, communiqué à la Commission les chiffres d'affaires de toutes ces sociétés lors de la phase pré-judiciaire (points 65-71).

⁷² TPI, 24.03.2011, *Pegler c/ Commission*, Aff. T-386/06, point 103; voir aussi TPI, *Raiffeisen Zentralbank Österreich et a. c/ Commission*, Aff. jointes T-259/02 - T-264/02 et T-271/02, Rec. 2006 p. II-05169, point 331.

L'autre facteur important dans cette équation est la *période pertinente*. Lors de l'analyse d'une affaire donnée, la Commission européenne examinera la période pertinente au cours de laquelle la société-mère a, ou n'a pas, exercé une influence décisive.

Ainsi, on pourrait se demander si la société-mère sera tenue responsable du fait de l'implication de sa filiale dans une entente parce que les deux sociétés représentent en fait une seule unité économique et que les actions de l'une quelconque des deux ne sera que la suite de leur stratégie générale. Il est tentant de proposer, avec une certaine ironie, que l'antique approche "tel père, tel fils", ou dans ce cas particulier, peut-être, "tel fils, tel père", résume l'attitude générale de la jurisprudence européenne en matière d'imposition d'amendes à la société-mère du fait des infractions au droit européen de la concurrence commises par sa filiale⁷³. Apparemment, on présume qu'il est très improbable qu'une filiale détenue presque intégralement puisse être impliquée dans une entente sans la supervision de sa mère ("tel père, tel fils"), par conséquent, la mère doit être punie pour le comportement de sa fille ("tel fils, tel père").

12. La responsabilité de la société-mère. Par ailleurs, la motivation de la Commission, lorsqu'elle décide de tenir une société responsable, est la dissuasion, laquelle se compose d'au moins deux éléments: d'une part, le montant de l'amende augmente considérablement avec la dimension de l'entreprise : par exemple, le plafond (10 %) de l'amende est calculé sur le chiffre d'affaire total et mondial de la société mère (le groupe)⁷⁴ et des multiplicateurs à fins dissuasives peuvent être prononcés contre des entités particulièrement vastes. D'autre part, la responsabilité solidaire d'une société-mère solide financièrement assure dans la plupart des cas que l'amende sera effectivement payée et a un effet disciplinaire plus prononcé quant au groupe pris dans son ensemble qu'une amende prononcée à l'encontre d'une entité plus modeste.

Il est intéressant de noter qu'aux États-Unis, une société-mère ne peut être tenue responsable du fait des agissements de sa filiale que si cette société-mère était elle-même directement impliquée ou si la distinction juridique apparente entre mère et fille est un leurre.⁷⁵ En effet, la pierre angulaire de la responsabilité sociale en droit américain est la

⁷³ Cette analogie est juste une illustration et ne suggère pas que la Commission européenne présume que les entreprises forment une seule entité sans vérifier que c'est bien le cas.

⁷⁴ Voir, par exemple, TPI, 29.04.2004, *Tokai Carbon and Others v Commission*, Aff. jointes T-71/03, T-74/03, T-87/03 et T-91/03, Rec. 2004 p.II-01181, point 390.

⁷⁵ Peter NYGH, *The Liability of Multinational Corporations for the Torts of their Subsidiaries*, European business Organization Law Review 2002/3: 51-81, p. 65.

“présomption de séparation” entre entités juridiquement distinctes,⁷⁶ qui peut être combattue en “perçant” ou en “soulevant” le *corporate veil* (« voile social »), mais les tribunaux sont peu enclins à admettre de telles exceptions.⁷⁷ Une simple détention de parts, un contrôle commun, et une surveillance active de la fille par la mère ne suffisent pas. On doit préciser toutefois, que la procédure de *plea bargaining* (approximativement “plaider-coupable”) conduit dans de nombreux cas à une coopération entre coupable et autorités de concurrence⁷⁸, y compris quant à un accord sur la personne morale tenue responsable au sein du groupe.

III. La présomption de “détention intégrale”.

13. Le jugement rendu par la CJUE dans l’affaire *Akzo* représente un développement important de la jurisprudence moderne sur la responsabilité « parentale » d’une entreprise-mère pour les actions d’une de ces filiales. Cet arrêt indique la marche à suivre dans les cas où une société-mère est déclarée responsable sur la base d’une présomption d’influence décisive sur une filiale intégralement ou presque intégralement. Simultanément, l’arrêt permet de clore le débat portant sur l’interprétation de la jurisprudence antérieure concernant l’utilisation de la présomption sans preuves additionnelles.

En substance, cette décision a confirmé l’interprétation par la Commission d’une longue série de jurisprudence antérieurement à *Akzo*. La présomption de “détention (presque) intégrale” est apparue pour la première fois, de manière implicite, dans l’affaire *ICI*⁷⁹, à l’occasion de laquelle la Cour a utilisé pour la première fois la notion d’“unité de groupe” puis a été formulée expressément dans la décision *AEG*⁸⁰. La présomption a été par la suite confirmée par la Cour de Justice dans *BPB Industries*⁸¹ et *Stora*⁸², et pareillement par

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ Voir *A.M. Kashfi v. Phibro-Salomon, Inc.*, 628 F. Supp.727; 1986 U.S. Dist. LEXIS 29337,[**11].

⁷⁸ Voir aussi *Walter E. Heller & Co .v. Video Innovations, Inc.*, 730 F.2d 50, 53 (2d Cir. 1984) et *Miles v. American Tel. & Tel.*, 730 F.2d 193, 195-96 (5th Circ. 1983), et *Coastal States v. Zenith*, 446 F Supp. At 337, *Williams v. McAllister*, 534 F.2d at 21 and *Fidenas A.G. v. Honeywell, Inc.*, 501 F. Supp. 1029, 1035-38 (S.D.N.Y. 1980).

⁷⁹ CJCE, 14.07.1972, *ICI c/ Commission*, Aff. 48-69, Rec.1972 p.00619, point 139.

⁸⁰ CJCE, 25.10.1983, *AEG c/ Commission*, Aff. 107/82, Rec. 1983 p. 3151, point 50.

⁸¹ CJCE, 6.04.1995, *BPB Industries and British Gypsum c/ Commission*, Aff. C-310/93 P, Rec. 1995 p. I-00865, point 11.

⁸² CJCE, 16.11.2000, *Stora Kopparbergs Bergslags c/ Commission*, Aff. C-286/98 P, Rec. 2000 p. I-09925, point 29.

le Tribunal dans *Stora*⁸³, *Limburgse Vinyl*,⁸⁴ *Michelin II*,⁸⁵ *Tokai Carbon (II) – Specialty Graphites* (une société japonaise),⁸⁶ *Gluconate de Sodium*⁸⁷ et *DaimlerChrysler* (une société américaine),⁸⁸ entre autres. Il est à noter que la Cour n’a requis d’indices additionnels comme condition d’application de la présomption dans aucun de ces arrêts.

La décision *Akzo* a affirmé que:

“ il existe une présomption réfragable de responsabilité des sociétés-mères du fait des infractions de leur filles à la réglementation des ententes dans le cas d’une détention à 100 % ”⁸⁹, car en un pareil cas “ladite société mère exerce effectivement une influence déterminante sur le comportement de sa filiale”.⁹⁰

IV. La présomption au crible de la Cour EDH.

14. Une société néerlandaise, dont le nom n’a pas été rendu public, a récemment demandé à la Cour Européenne des Droits de l’Homme (Cour EDH) d’examiner la présomption de “détention intégrale”, au motif que celle-ci violerait certaines dispositions de la Convention Européenne des Droits de l’homme sur la présomption d’innocence.⁹¹ Bien que le sort de cette demande soit encore inconnu, il faut noter que les cas antérieurs de

⁸³ TPI, 14.05.1998, *Stora Kopparbergs Bergslags c/ Commission*, Aff. T-354/94, Rec. 1998 p. II-02111, points 78-84.

⁸⁴ TPI, 20.04.1999, *LVM e.a. c/ Commission (PVC II)*, Aff. jointes T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 to T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 et T-335/94, Rec. 1999 p. II-00931, points 961, 984 et 985.

⁸⁵ TPI, 30.09.2003, *Michelin c/ Commission (Michelin II)*, Aff. T-203/01, Rec. 2003 p. II-04071, point 290.

⁸⁶ TPI, 15.06.2005, *Tokai Carbon Co. c/ Commission (Tokai II – Specialty Graphites)*, Aff. jointes T-71/03, T-74/03, T-87/03 et T-91/03, Rec. 2005 p. II-00010, points 58-60.

⁸⁷ TPI, *Jungbunzlauer v Commission*, Aff. T-43/02, point 125; TPI, *Avebe v Commission*, Aff. T-314/01, point 136; *Akzo Nobel NV c/ Commission*, *op.cit.*, point 83.

⁸⁸ TPI, 15.09.2005, *Daimler Chrysler AG c/ Commission*, Aff. T-325/01, point 221.

⁸⁹ Erik H. PIJNACKER HORDIJK, Simone J. H. EVANS, *The Akzo Case...*, *op.cit.*, p.127. (Les italiques sont à moi).

⁹⁰ L’affaire *Akzo* concernait une entente entre les principaux producteurs européens de chlorure de choline (vitamine B4). Les participants européens à l’entente ont conclu un accord sur les prix et les augmentations de tarifs pour certains marchés nationaux et pour les consommateurs individuels, se sont mutuellement accordé des parts de marché, et se sont convenus de contrôler les distributeurs et les convertisseurs du produit, afin d’éviter toute concurrence extérieure. Le 9 décembre 2004 la Commission dans sa décision a énoncé que l’entente constituait une grave infraction à l’article 101 TFUE et a imposé des amendes aux membres européens du cartel. Pour fixer le montant de l’amende la Commission a pris en considération le poids économique de l’entreprise prise dans son ensemble plutôt que de se contenter de celui des quatre filiales directement impliquées dans l’entente.

Concernant la possibilité de réfuter la présomption voir Richard BURNLEY, *Group Liability for Antitrust Infringements: Responsibility and Accountability*, *World Competition Journal*, Vol. 33, Issue 4, 12. 2010.

⁹¹ Voir plus d’information dans le système *MLex*.

présomption de culpabilité n'ont pas été automatiquement condamnés par la Cour, sa position étant néanmoins que *"L'article 6 par. 2 (art. 6-2) ne se désintéresse donc pas des présomptions de fait ou de droit qui se rencontrent dans les lois répressives. Il commande aux États de les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense"*.⁹²

V. Filiales partiellement détenues.

15. La situation des filiales détenues dans une proportion nettement inférieure à 100% demeure incertaine. La jurisprudence récente n'a fourni qu'un éclairage incomplet sur l'étendue de la présomption lorsque la détention est inférieure à 100 %. Le Tribunal a expressément étendu l'application de la présomption au cas d'une détention à 98 %, confirmant ainsi l'application par la Commission de la présomption de "détention intégrale" dans l'affaire *MCAA*. Selon le juge : *"la totalité ou la quasi-totalité du capital d'une filiale est détenue par sa société mère et que, par conséquent, cette dernière est en mesure d'exercer une influence déterminante sur la politique commerciale de sa filiale, il incombe à la société mère de renverser la présomption"*⁹³. Cette position est dans la lignée du jugement plus ancien du Tribunal dans *Michelin c. Commission*⁹⁴, au cours duquel le Tribunal a confirmé l'application de la présomption à une société-mère détenant plus de 99 % mais moins de 100 % de sa filiale. Dans le passé, la Commission a appliqué la présomption à une détention majoritaire de seulement 96 % (*Flat Glass*⁹⁵ et *Peroxyde d'Hydrogène et Perborate*⁹⁶).

Dans sa décision sur le cas d'*Arkema*, le Tribunal a statué que *"société mère qui détient la quasi-totalité du capital de sa filiale se trouve, en principe, dans une situation analogue à celle d'un propriétaire exclusif, en ce qui concerne son pouvoir d'exercer une influence déterminante sur le comportement de sa filiale, eu égard aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui l'unissent avec ladite filiale. Par conséquent, la Commission est en droit d'appliquer à cette situation le même régime probatoire, à savoir recourir à la présomption que ladite société mère fait usage effectif de son pouvoir d'exercer une*

⁹² ECHR, 07.10.1988, *Salabiaku v. France*, 10519/83, point 28. Pour plus d'information sur les relation entre le droit de la concurrence et Droit de l'Homme voir Linda ARCELIN, *L'alliance raisonnable entre droit de la concurrence et CEDH*, Revue Lamy de la Concurrence, Avril/Juin 2007 N° 11 pp. 100-110.

⁹³ TPI, 30.09.2009, *Arkema v Commission*, Aff. T-168/05, Rec. 2009 p. II-00180, point 70.

⁹⁴ *Michelin II*, *op.cit.*, point 290.

⁹⁵ Décision de la Commission, *Flat Glass*, 89/93/EEC, JO 1989 L 33, p. 44, point 451.

⁹⁶ Décision de la Commission, COMP/F/38.620, *Hydrogen Peroxide and Perborate*, points 428-429 (96.48%).

influence déterminante sur le comportement de sa filiale. Certes, il n'est pas exclu que, dans certains cas, les associés minoritaires puissent disposer, à l'égard de la filiale, de droits permettant de remettre en cause l'analogie susvisée" (point 53)⁹⁷.

Par conséquent, on peut se demander jusqu'où le pourcentage de détention peut descendre avant que la Cour ne décide que la présomption n'est plus applicable, dans la mesure où la décision ne fournit aucun critère, numérique ou autre, quant au calcul d'un tel plafond.

Récemment, la CJUE a confirmé la position du Tribunal en prodiguant un nouvel éclairage sur la question de la responsabilité parentale à l'occasion de son jugement en appel quant à l'ancienne société-mère d'Arkema, Elf Aquitaine. Bien que la CJUE affirme que la levée de la présomption n'est pas en elle-même une "*probatio diabolica*", elle casse la décision du Tribunal contre Elf Aquitaine dans la mesure où le Tribunal n'a pas assez motivé son refus d'exclure la présomption face aux arguments présentés par Elf Aquitaine. Il est remarquable que la décision s'appuie sur la notion de droits de la défense.⁹⁸ Ainsi, après les décisions rendues à l'endroit d'Arkema et des sociétés ressortant de son groupe, la question de la délimitation du domaine d'application de la présomption de "détention intégrale" reste ouverte, mais reste dépendante des choix politiques de la Commission Européenne, laquelle s'est montrée pour l'instant réticente à appliquer la présomption pour les cas où la participation était proche de 100 %.⁹⁹

Quand la conduite illégale a été mise en œuvre par une *coentreprise*, la Commission examine tous les faits afin de déterminer si une ou plusieurs sociétés-mères ont exercé une influence décisive sur la coentreprise à l'époque pertinente. Jusqu'ici, dans des cas similaires, la Commission n'a pas appliqué la présomption mais a démontré l'influence décisive des sociétés-mères.

⁹⁷ TPI, 7.06.2011, *Arkema France, Altuglas International SA, Altumax Europe SAS c/ Commission*, Aff. T-217/06, Rec. 2011 p. 00000.

⁹⁸ CJCE, 29.09.2011, *Elf Aquitaine SA v Commission*, Aff. C-521/09 P, Rec. 2011 p. 00000. Voir aussi, Conclusions de l'Avocat Général M. Paolo Mengozzi Aff. C-520/09 P *Elf Aquitaine SA c/ Commission européenne*, point 13, où il mentionne que le requérant ne discute pas l'application de la présomption par la Commission dans les cas où la société mère détient 98% du capital de la filiale.

⁹⁹ Concernant la (non)applicabilité de la présomption voir Richard BURNLEY, *Group Liability for Antitrust Infringements: Responsibility and Accountability*, *World Competition Journal*, Vol. 33, Issue 4, 12. 2010.

16. Responsabilité des sociétés-sœurs. Lorsque la Commission Européenne peut établir que des *sociétés-sœurs* ont agi de concert en tant qu'unité économique, elle peut en tenir une responsable de l'infraction tandis que c'est l'autre qui a participé directement.¹⁰⁰ Ceci s'explique par le fait, que différentes entités à l'intérieur de l'entreprise peuvent être liées à l'infraction et donc constituer une entreprise : habituellement, la filiale consacrée aux ventes assiste aux réunions constitutives de l'entente mais le produit final est fabriqué par la filiale chargée de la production et toutes deux sont supervisées par la société de gestion.

Ainsi, en guise de conclusion, on pourrait décrire la présomption de **“détention presque intégrale”** en ces termes: *si près de 100 % des parts de la filiale sont détenues par la mère, on peut présumer, en droit européen de la concurrence, que cette société-mère a exercé une influence décisive sur la filiale et peut donc être tenue responsable de la violation du droit des ententes commise par sa filiale.* Néanmoins, la société-mère peut écarter cette présomption en prouvant qu'elle n'exerçait pas d'influence décisive à l'époque pertinente.

Conclusion.

17. Ainsi, on voit que si une entreprise non-européenne a une filiale établie sur le territoire de l'UE et cette filiale commet une violation du droit européen de la concurrence, la société mère pourra être sanctionnée ensemble avec telle filiale, si elle (la société mère) imposait l'influence déterminante sur sa filiale.¹⁰¹ Il est intéressant de noter que dans ce cas de figure, il n'y a pas même besoin de la théorie de l'effet, la théorie de la responsabilité parentale serait suffisante.

Conséquemment, après avoir déterminé que le droit européen de la concurrence est tout à fait applicable aux entreprises des Etats tiers, suite à l'application de la théorie de l'effet ou suite à l'application de la responsabilité parentale, on passe à l'examen des normes du droit européen de la concurrence que les entreprises non-européennes doivent prendre en considération en menant leur activité économique.

¹⁰⁰ TPI, 20.03.2002, *HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG and Others c/ Commission*, Aff. T-9/99, Rec. 2002 p. II-02429, points 66 et 75; TPI, 27.09.2006, *Jungbunzlauer AG c/ Commission*, Aff. T-43/02, Rec. 2006 p. II-03435; *Knauf Gips*, *op.cit.*; CJCE, 02.10.2003, *Siderurgica Aristrain Madrid SL c/ Commission*, Aff. C-196/99 P, Rec. 2003 p. I-11005.

¹⁰¹ Voir Anne KRENZER, *Présomption de la responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales en droit communautaire des pratiques anticoncurrentielles*, Revue Lamy de la Concurrence, N15, Avril - Juin 2008, 111-113pp.

Section 2. La théorie de l'effet.

18. Il est nécessaire de commencer la recherche par la présentation de la théorie de l'effet, la théorie qui a rendu l'application extraterritoriale du droit de la concurrence possible et même quotidienne. Ainsi, l'histoire de l'apparition de cette théorie, ces principes et son développement seront présentés et étudiés attentivement.

§ 1. Naissance de la théorie de l'effet.

Comme c'était dit au-dessus, la théorie de l'effet est la théorie fondamentale dans le cadre de la thèse. Sur cette théorie se fonde l'idée même de l'application du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers. Il paraît pratique de rappeler l'histoire de l'invention de la théorie de l'effet dans le but de comprendre mieux ces principes utilisés tous les jours en vue de régler la concurrence et protéger les consommateurs.

19. Histoire de la théorie de l'effet. Cependant, c'est aux États-Unis, et non pas en Europe, qu'est née la théorie de l'effet. Il faut noter qu'au cours de la première partie du XX^e siècle suite aux dispositions du *Sherman Act*, les tribunaux des États-Unis appliquaient différemment les règles sur l'extraterritorialité du droit antitrust. Par exemple, dans l'affaire *American Banana*, le juge (membre de la Cour Suprême) Oliver Wendell Holmes a dit que « *la règle générale et presque universelle est que le caractère d'une action comme légale ou illégale doit être déterminée entièrement par la loi du pays où cette action a été entreprise* ». ¹⁰²

Cependant, les arrêts ultérieurs ont infirmé cette position, laquelle éliminait beaucoup des possibilités. Finalement, dans l'affaire *Alcoa*, en 1945, le juge Learned Hand a formulé « *la théorie de l'effet* », répondue aujourd'hui partout dans le monde. L'arrêt était consacré au cartel des producteurs d'aluminium situés en Suisse qui avait fixé des quotas de la production ce qui a abouti à la hausse des prix. La cour (The Second Circuit Court of Appeals) a décidé que le *Sherman Act* pouvait être appliqué aussi à la société non-américaine

¹⁰² « *The general and almost universal rule is that the character of an act as lawful or unlawful must be determined wholly by the law of the country where the act is done* ». *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 US 347, 356, 29 S.Ct 511, 512 (1909).

(canadienne, dans le cas d'espèce) qui a participé à ce cartel. Le juge Learned Hand affirma que le *Sherman Act* a été appliqué aux accords conclus en dehors des États-Unis, dans la mesure où ceux-ci ont eu l'intention d'affecter les importations vers les États-Unis et qu'ils l'ont fait en réalité.¹⁰³

Il n'est pas surprenant que l'application extraterritoriale du droit antitrust des États-Unis fût accueillie par les autres pays du monde avec hostilité, comme on l'a vu précédemment (voir paragraphe 2), et suite à l'application extraterritoriale du droit antitrust américain « *une guerre des lois* » se produit dans le monde entier.

Toutefois, les cours américaines étaient assez sensibles à cette situation. Dans l'arrêt *Timberlane* the Ninth Circuit Court of Appeals a mentionné la notion de « **international comity** » - « **la communauté internationale** » dans ce contexte. « Comity » signifie vivre en paix avec les autres nations dans le respect mutuel et le respect de leurs intérêts, « comity » inclut dans ce sens « *les règles de la politesse, la convenance et la bonne volonté observées par les États dans leurs rapports mutuels sans être obligé de le faire en vertu de la loi* »¹⁰⁴. Ainsi, dans l'arrêt *Timberlane* le juge Choy a posé les trois questions suivantes :

« *Les lois antitrust demandent en premier lieu que l'effet – réel ou intentionnel – sur le commerce américain doive exister avant que les cours fédérales puissent exercer légitimement la compétence. Deuxièmement, [...] il faut montrer que les effets sont assez substantiels pour qu'ils puissent causer un dommage au requérant et par suite violer les normes du droit antitrust. Troisièmement, il y a une question supplémentaire propre aux normes internationales [...] - est-ce que l'effet sur l'économie américaine est assez fort vis-à-vis aux autres nations pour justifier l'expression de l'autorité extraterritoriale ...* ».¹⁰⁵

Répondre à la dernière question était nécessaire parce que « *à certains égards les intérêts des États-Unis sont trop faibles et l'intérêt de l'harmonie internationale est très fort*

¹⁰³ Alison JONES, Brenda SUFRIN, *EC Competition Law. Text, cases and materials*. Third edition. Oxford University Press, NY, 2008. pp. 1358-1359.

¹⁰⁴ Voir *Oppenheim's International Law*, vol. I, edited R.Y. Jennings and A. Watts, 9th edition, Longman, 1992, 1333p., cité par Alison JONES, Brenda SUFRIN, *EC Competition Law...*, *op.cit.*, p. 1358.

¹⁰⁵ « *A tripartite analysis seems to be indicated. As acknowledged above, the antitrust laws require in the first instance that there be some effect – actual or intended – on American foreign commerce before the federal courts may legitimately exercise subject-matter jurisdiction under those statutes. Second, a greater showing of burden or restraint may be necessary to demonstrate that the effect is sufficiently large to present cognizable injury to the plaintiffs and therefore a civil violation of the antitrust laws... Third, there is the additional question, which is unique to the international settings, of whether the interests of and links to the United States, including the magnitude of the effect on American commerce, are sufficiently strong, vis-à-vis those of other nations, to justify an assertion of extra-territorial authority...* ». *Timberlane Lumber Co. V. Bank of America*, 549 F.2d 597 at 613 (9th Cir. 1976).

pour justifier l'application extraterritoriale » ; le Juge Choy a remarqué aussi que les facteurs suivants doivent être prises en considération : le degré du conflit avec le droit étranger ou la politique étrangère, la nationalité des parties et les lieux principaux où l'activité a eu lieu, l'importance des effets sur le marché des États-Unis comparés à l'importance de ces effets sur les autres pays, en prenant en compte le but d'affecter ou d'endommager le commerce américain, la prévisibilité de tels effets, et l'importance relative de ces effets sur le marché des États-Unis¹⁰⁶.

Ces critères étaient complétés dans l'affaire *Mannington Mills*¹⁰⁷ où la Cour a ajouté les critères suivants : l'effet possible sur les relations extérieures si la cour exerce la juridiction ; si la demande était approuvée par la cour, la possibilité que la partie puisse être dans une position telle qu'elle sera forcée de commettre une action illégale dans un des pays où il y aura des exigences contradictoires; la probabilité que l'ordonnance d'accorder la demande serait admise aux États-Unis s'il était fait par l'autre pays dans des circonstances similaires ; est-ce qu'un traité avec les États-Unis aborde la question.

On retournera à la notion de « *comity* » encore une fois en analysant les accords internationaux concernant la coopération entre les pays dans le domaine du droit de la concurrence. Toutefois, le droit de la concurrence n'est pas le seul droit où on peut observer l'application de la théorie de l'effet. Le droit d'origine de cette théorie est le droit international public. Pendant des siècles les juristes posaient la même question : quel droit serait applicable dans le cas imaginaire où, par exemple, un chasseur poursuit un animal près de la frontière avec le pays voisin, tire une balle, en restant toujours sur la territoire de son Etat, mais la balle traverse la frontière et tue par accident un autre chasseur sur le territoire d'un autre Etat. L'acte a été commis sur le territoire de l'Etat A, mais les effets se sont produits sur le territoire de l'Etat B. Ainsi, on vise à déterminer la place de la théorie de l'effet au sein du droit international public, d'où elle est issue.

¹⁰⁶ « At some point the interests of the United States are too weak and the foreign harmony incentive for restraint too strong to justify an extraterritorial assertion of jurisdiction (...) so the following factors should be taken into account: the degree of conflict with foreign law or policy, the nationality or allegiance of the parties and the locations or principal places of business of corporations, the extent to which enforcement by either state can be expected to achieve compliance, the relative significance of effects on the United States as compared with those elsewhere, the extent to which there is explicit purpose to harm or affect American commerce, the foreseeability of such effect, the relative importance to the violations charged of conduct within the United States as compared with conduct abroad ». *Timberlane*, 549 F.2d at 609.

¹⁰⁷ Accord *Mannington Mills Inc v. Congoleum Corp*, 595 F.2D 1287 (3rd Cir. 1979).

§ 2. La théorie de l'effet et le droit international public.

20. En discutant ce sujet particulier, il faut dire tout d'abord, qu'on ne voit apparaître l'application explicite de la théorie de l'effet dans le cadre du droit international public qu'en 1927, quand elle était appliquée par la Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI) dans l'affaire du *Lotus*¹⁰⁸. Cependant, il faut prendre en considération le fait que cet arrêt (*Lotus*) a été pris en matière pénale.

Dans cette affaire, un navire battant pavillon français, le *Lotus*, et un navire turc s'étaient abordés en haute mer ; le navire turc coula, et les autorités turques arrêtaient le capitaine français du *Lotus* à son arrivée à Constantinople (aujourd'hui Istanbul), et le poursuivaient pénalement. La Cour, saisie par compromis, a reconnu la compétence de la Turquie en se fondant, non pas sur le principe de personnalité passive (qui aura pu être invoqué en raison de la nationalité turque des victimes de l'abordage), mais sur celui de la territorialité objective. Pour ce faire, la Cour constate qu' « *il est constant que les tribunaux de beaucoup de pays, même de pays qui donnent à leur législation pénale un caractère strictement territorial, interprètent la loi pénale dans le sens que les délits dont les auteurs, au moment de l'acte délictueux, se trouvent sur le territoire d'un autre État, doivent néanmoins être considérés comme ayant été commis sur le territoire national, si c'est là que s'est produit un des éléments constitutifs du délit et surtout ses effets* ». ¹⁰⁹

Aujourd'hui, le fait d'utiliser la théorie de l'effet dans le cadre du droit de la concurrence ne pose pas des problèmes particuliers du point de vue du droit international public, car après « *la guerre des lois* » et la conclusion de plusieurs accords bilatéraux sur la concurrence (voire paragraphe 2), l'opinion publique a changé et accepté l'idée d'application extraterritoriale du droit de la concurrence.

Toutefois, après avoir vu le point de vue du droit international public sur le problème, la question se pose de savoir quelles sont les relations entre la théorie de l'effet et le droit international privé.

¹⁰⁸ CPJI, *Lotus*, 7 septembre 1927, Série A, n°10, p. 19 – CIJ.

¹⁰⁹ Habib KAZZI, *Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations entre entreprises dans une économie mondialisée. Contribution à l'étude de l'application internationale du droit économique*. Presses Universitaires d'Aix-Marseille. 2007. p.41, p.317-318. Voir aussi Paul DEMARET, *L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques : une question de droit ou de diplomatie ?*, Revue trimestrielle de droit européen, 1985, 1-39pp.

§ 3. La théorie de l'effet et le droit international privé.

21. L'invocation de la théorie de l'effet dans le cadre du droit international privé peut paraître étrange à première vue, puisque cette théorie n'a jamais fait partie du droit privé, et au contraire est demeurée un concept du droit public, comme on l'a mentionné à nombreuses reprises. Néanmoins, on trouve dans les règles du conflit du droit international privé la logique qui ressemble à la logique gouvernant la théorie de l'effet (particulièrement, celle-ci de « *lex loci delicti damni* »).

En vue de prouver cette hypothèse, analysons plus en détails le Règlement Rome II¹¹⁰ et le principe de la responsabilité civile dans le cadre du droit international privé. Ainsi, dans l'article 3 du Règlement on trouve le principe de l'application de la loi du lieu du dommage (« *lex loci delicti* ») qui est la règle de conflit cardinale du Règlement en matière délictuelle et quasi-délictuelle : « *Sauf dispositions contraires du présent règlement, la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit, et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent* ».

En rappelant un peu l'histoire on observe que la *lex loci delicti* était un rattachement dégagé par l'École italienne du XIII^e siècle et dont l'origine remonte à l'Antiquité¹¹¹. Ce critère avait également été adopté par la Cour de cassation de France, dans son célèbre arrêt *Lautour*, par lequel elle avait indiqué qu'« *en droit international privé, la loi territoriale pour régir la responsabilité civile extra-contractuelle de la personne qui a l'usage, le contrôle et la direction d'une chose, en cas de dommage cause par cette chose à un tiers, est la loi du lieu où le délit a été commis* »¹¹². Posée dans le domaine de responsabilité du fait des choses, la règle, qui se rapportait en réalité à la ***lex loci delicti commissi***, avait progressivement étendu son empire sur l'ensemble des délits. Plusieurs arguments avaient été avancés en faveur de ce rattachement : la loi locale doit s'appliquer à tous les délits survenus dans un État, afin

¹¹⁰ Règlement (CE) N° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, OJ L 199/40, 31.7.2007.

¹¹¹ Hans LEWALD, *Conflits de lois dans le monde grec et romain*, Revue critique, 1958, p. 419, spéc. p. 624., cité par Frédéric GERCHOUN, Stéphane PIEDELIÈVRE, *Le règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »)*, 1^{ère} partie, Gazette du Palais, 23.10.2007, n° 296, p.4.

¹¹² Cass. civ., 25 mai 1948, *Lautour*, D. 1948. 357.

qu'un équilibre s'instaure entre tous les individus¹¹³, l'intérêt de l'État, qui est de préserver l'ordre public sur son territoire, exige que celui-ci édicte les règles de comportement que doivent suivre ceux qui agissent en son sein¹¹⁴, la référence à la *lex loci delicti commissi* présente les mérites de la simplicité, de la certitude et de la prévisibilité¹¹⁵. Sous cet angle, la loi du lieu de commission du délit se confondait, en vérité, lorsque le délit n'était pas éclaté dans ses manifestations, avec celle du lieu du dommage, à savoir *la lex loci delicti damni*.¹¹⁶

Toutefois, la question de la loi applicable en cas de dissociation entre le fait générateur du dommage et le dommage lui-même, c'est-à-dire en cas de **délit complexe**, s'est rapidement posée.¹¹⁷ Plusieurs thèses avaient alors été soutenues. Certains avaient, pourtant, défendu la mise en œuvre de la loi du fait illicite, cette dernière étant la seule connue de l'auteur du dommage et correspondant au mieux à cet objectif de la responsabilité civile visant à anticiper la commission d'actes illicites¹¹⁸. L'approche présentait toutefois cet inconvénient d'être avant tout fondée sur une vision de la responsabilité centrée sur *la notion de faute*, et méconnaissait donc l'objectivation marquant celle-ci et *la fonction indemnitrice* qui lui est désormais attribuée. D'autres s'étaient prononcés en faveur de la loi du lieu du dommage, celui-ci ayant une dimension matérielle plus significative, surtout en ce qui concerne les tiers¹¹⁹. Néanmoins, il n'est pas certain que la réalité du lieu du dommage ait davantage de consistance que celle du lieu de son fait générateur, d'où l'idée d'offrir à la victime un choix entre ces critères de rattachement, ou d'appliquer ceux-ci distributivement, en fonction des éléments ou du type de délit en

¹¹³ Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, Pascal De VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, Dalloz, 8^e édition, 2004, n° 179. cité par Frédéric GERCHOUN, Stéphane PIEDELIÈVRE, *Le règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ...*, *op.cit.*, p.4.

¹¹⁴ Bernard AUDIT, *Droit international privé*, Economica, 4^e éd., 2006, n° 180, cité par Frédéric GERCHOUN, Stéphane PIEDELIÈVRE, *Le règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ...*, *op.cit.*, p.4.

¹¹⁵ Sur ces fondements, v. : H. SLIM, *Responsabilité délictuelle en droit international privé*, Responsabilité civile et assurance, fasc. 255-10, n° 5.

¹¹⁶ Voir Frédéric GERCHOUN, Stéphane PIEDELIÈVRE, *Le règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ...*, *op.cit.*

¹¹⁷ Telle situation de délit complexe rassemble beaucoup à la situation décrit par le droit de la concurrence quand les actions sur un marché produisent les effets négatifs sur un autre, ce qui entraîne l'application de la théorie de l'effet en vue de protéger le marché affecté.

¹¹⁸ Sur cette approche, v. Pierre BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extra-contractuelles*, LGDJ, 1961, p. 71 et s.

¹¹⁹ Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, *Droit international privé*, LGDJ, t. II, 7^e édition, 1983, n° 5610. cité par Frédéric GERCHOUN, Stéphane PIEDELIÈVRE, *Le règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ...*, *op.cit.*

cause¹²⁰. Mais le fait d'accorder un choix à la victime peut sembler illégitime au regard des intérêts, également à sauvegarder, de l'auteur du dommage, et l'application distributive des lois suppose une délimitation de l'empire de celles-ci qui peut se révéler difficile à tracer.¹²¹

Pour en revenir au droit positif, aux termes du règlement Rome II la loi applicable est celle du pays où le dommage survient, soit la *lex loci delicti damni*. Evidemment, cette solution s'avère indifférente lorsque le dommage se produit au lieu du fait générateur. Mais il en va tout autrement en présence de délits complexes (on peut encore une fois faire l'analogie avec les délits issus du droit de la concurrence), puisqu'il n'est plus question alors de discriminer entre la loi du lieu du fait générateur et celle du lieu du dommage au **profit éventuellement de celle qui entretient les liens les plus étroits avec la cause**. Un rattachement unique est maintenant retenu, ce qui simplifie et sécurise considérablement le système, en évitant la recherche, toujours teintée d'une part d'arbitraire, du pays avec lequel le rapport de droit noue les liens les plus étroits. En outre, cette approche épouse **une vision moderne de la responsabilité civile**, axée sur **sa fonction indemnitrice**. De surcroît, l'application de la loi du lieu du dommage permettrait d'atteindre un juste équilibre entre les intérêts de la personne dont la responsabilité est invoquée et ceux de la personne lésée.¹²²

Pourtant certains auteurs remarquent qu'une telle solution risque cependant de se révéler lourde de conséquences pour **le responsable**, lorsque celui-ci **ne pouvait anticiper l'apparition d'un dommage dans un pays autre que le sien**. Le Règlement Rome II prévoit néanmoins que le comportement de la personne dont la responsabilité est recherchée doit s'apprécier en tenant compte, « *en tant qu'élément de fait et pour autant que de besoin, des règles de sécurité et de comportement vigueur au lieu et au jour de la survenance du fait qui a entraîné la responsabilité* » (article 17)¹²³. Toutefois, il ne faut pas interpréter cette disposition comme obligeant le juge, en cas de dissociation des éléments du délit, à appliquer simultanément la loi du lieu du dommage et celle du lieu du fait générateur. La première bénéficie d'une vocation exclusive, la seconde ne servant qu'à apprécier la gravité

¹²⁰ Pierre BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extra-contractuelles*, op. cit., p. 83 et s. ; M.-A. MOREAU-BOURLES, *Structure du rattachement et conflits de lois en matière de responsabilité civile délictuelle*, thèse Paris II, 1985. cité par Frédéric GERCHOUN, Stéphane PIEDELIÈVRE, *Le règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ...*, op.cit.

¹²¹ Voir Frédéric GERCHOUN, Stéphane PIEDELIÈVRE, *Le règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ...*, op.cit.

¹²² Ibidem.

¹²³ La règle est identique à celle des Conventions de La Haye sur les accidents de la circulation routière (article 7) et sur la responsabilité du fait des produits (article 9).

de la faute commise, la bonne ou mauvaise foi de l'auteur du dommage, voire l'étendue des dommages et intérêts qui seront versés. Reste que cette combinaison pourra s'avérer malaisée, et obligera parfois les tribunaux à constater que le responsable a agi conformément aux règles en vigueur dans le pays où il est établi tout en relevant qu'il doit, au regard de la loi du lieu du dommage, s'acquitter d'une indemnité (ce problème rassemble aussi les problèmes qu'on peut avoir en cas d'application simultanée du droit européen de la concurrence et le droit de la concurrence d'un État tiers (voir, par exemple, l'affaire *Boeing/McDonnell* quand les autorités européennes et américaines ont adopté des positions différentes concernant la même opération)).¹²⁴

Ainsi, le rattachement à la *lex loci damni* peut contraindre à l'application de plusieurs lois relativement à un même délit lorsque ce dommage se réalise dans plusieurs pays. Il faut supposer, pour que cette hypothèse se réalise, que la juridiction saisie soit celle du lieu du domicile du défendeur, laquelle correspond en principe à celle du lieu du fait générateur, juridiction compétente pour réparer l'intégralité du préjudice¹²⁵. Selon certains auteurs l'application de la loi du pays où le fait générateur aurait permis d'éviter un tel éparpillement.¹²⁶ Autre donnée remarquable : dans l'hypothèse d'un dommage imminent, voire seulement éventuel, il est admis que les juridictions des États membres peuvent appliquer la loi du lieu où le dommage « *risque de se produire* » (article 2 § 3, a), selon une formule identique à celle retenue par l'article 5, 3°, du règlement Bruxelles I.¹²⁷ Aussi, comme note M. Légier, « *aucune précision, en revanche, n'est apportée pour le cas où le même fait générateur produit à l'égard de la même victime des dommages dans plusieurs pays* »¹²⁸. Deux solutions sont envisageables, à savoir une application distributive des lois ou l'application de celle où s'est réalisé le dommage principal, ce qui conduirait indirectement à se fonder sur le principe de proximité. En tout état de cause, seul un dommage direct pourra

¹²⁴ Voir Frédéric GERCHOUN, Stéphane PIEDELIÈVRE, *Le règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ...*, op.cit., p.5.

¹²⁵ CJCE, 7 mars 1995, *Fioana Shevill*, D. 1996. 63; voir également Laurence IDOT, *L'application de la Convention de Bruxelles en matière de diffamation. Des précisions importantes sur l'interprétation de l'article 5-3*, Europe, n° 6/1995, p. 1.

¹²⁶ Frédéric GERCHOUN, Stéphane PIEDELIÈVRE, *Le règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ...*, op.cit., p.6.

¹²⁷ Ibidem.

¹²⁸ Gérard LEGIER, *Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations extracontractuelles*, JCP, éd. G, 2007, act. 348.

servir de rattachement¹²⁹.¹³⁰ Toutefois, l'application de la loi du lieu du dommage est exclue dans l'hypothèse où «*la personne dont la responsabilité est engagée et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du dommage*» et ce, au profit de la loi de ce pays (article 4, § 2).

La mise en œuvre de cette loi, tout comme celle du lieu du dommage, doit cependant être rejetée lorsqu'il «*résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays*», dont la loi sera alors applicable (article 4, § 3). Est ainsi reproduite, sous une forme certes différente, **la clause d'exception prévue par la Convention de Rome** sur la loi applicable aux obligations contractuelles (article 4, § 5). Ainsi, il s'agit d'introduire une certaine flexibilité dans la détermination de la loi applicable.¹³¹

Il importe cependant d'observer la méfiance qui entoure ce rattachement portant en germe *une certaine imprévisibilité quant à la loi applicable*, comme en témoigne l'usage parfois hasardeux qu'en ont fait les juridictions des États parties à la Convention de Rome. D'où la nécessité pour les tribunaux qui décideraient de s'y rapporter de constater l'existence de **liens «manifestement» plus étroits**. L'adverbe n'est pas anodin, le règlement s'attachant à donner une illustration d'une telle hypothèse : «*un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourra se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien avec le fait dommageable en question*» (article 4, § 3). Tel est le cas, par exemple, lorsqu'un contrat est annulé et que l'une des parties réclame des dommages et intérêts en suite du prononcé de cette nullité. La loi applicable au contrat pourra s'appliquer à cette obligation non contractuelle, à la condition qu'elle s'avère la plus appropriée au regard de l'ensemble des faits de la cause. Outre qu'une seule loi est alors désignée, la difficulté que connaissent certains États pour distinguer entre ce qui se rapporte au contractuel et ce qui relève du non contractuel est obviée. Il convient de souligner, ce qui a semblé déterminant aux yeux de la Commission, que lorsque la relation préexistante consiste en contrat de consommation ou de travail et lorsque ce contrat comporte une clause de choix de lois en faveur d'une loi autre que celle de la

¹²⁹ CJCE, 19.09.1995, *Antonio Marinari c/Lloyds Bank plc et Zubani Trading Company*, Aff. C-364/93, Rec. 1995 p. I-02719.

¹³⁰ Voir Frédéric GERCHOUN, Stéphane PIEDELIÈVRE, *Le règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ...*, *op.cit.*, p.6.

¹³¹ Ibidem.

résidence habituelle du consommateur, du lieu de l'accomplissement habituel du travail, ou exceptionnellement, du lieu d'embauche du travailleur, le rattachement à la loi avec lequel la situation entretient les plus étroits ne saurait aboutir à priver la partie faible de la protection que lui confère la loi en principe applicable, sauf à priver d'effet les dispositions des articles 5 et 6 de la Convention de Rome.¹³²

Ainsi, après avoir analysé la théorie de l'effet au sein du droit international public et au sein du droit international privé, et étudié la naissance de cette théorie dans le cadre du droit antitrust américain, on passe à l'examen de cette théorie dans le cadre du droit européen de la concurrence, ce qui marque but final de cette section de la thèse.

§ 4. La théorie de l'effet au sein du droit européen de la concurrence. Chronique de la jurisprudence.

22. Tout d'abord il est intéressant à noter que tout en appliquant la théorie de l'effet pendant plus de quarante ans, la Cour de Justice ne parle pas directement de cette théorie, ne donne pas des définitions, et ne la nomme même pas dans ces arrêts. Néanmoins, on trouve plusieurs références dans ces arrêts sur la notion d' « **effet sur le marché** » et, par là même, on peut déduire ainsi les critères de l'applicabilité de la théorie. Ainsi, comme mentionné auparavant, on présente l'analyse de la jurisprudence dans laquelle la Cour de Justice et le Tribunal ont découvert, puis développé cette théorie fondatrice : la théorie de l'effet. La théorie qui permet d'appliquer le droit de la concurrence de manière extraterritoriale.

I. Le premier pas : l'arrêt Béguelin.

22.1. Le premier cas, à notre connaissance, où apparaît cette expression est l'arrêt *Béguelin*¹³³. Dans cet arrêt la Cour résume que « *le fait, par l'une des entreprises participant à l'accord, d'être située dans un pays tiers ne fait pas obstacle à l'application de cette*

¹³² Frédéric GERCHOUN, Stéphane PIEDELIÈVRE, *Le règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ...*, op.cit., p.7.

¹³³ CJCE, 25.11.1971, *Béguelin Import Co. Contre S.A.G.L. Import Export*, aff. 22-71, Rec.1971 p.00949.

disposition [article 81 TCE], des lors que l'accord produit ses effets sur le territoire du marché commun » (point 11). C'est la première décision de la Cour de Justice qui utilise la notion des « effets » sur le marché européen comme critère d'applicabilité du droit européen de la concurrence.

Toutefois, *Béguelin* touche aussi un autre problème : celui des **ventes exclusives** quand le producteur est un ressortissant d'un pays tiers et le distributeur est européen. Selon cet arrêt, un accord d'exclusivité passé entre un producteur ressortissant à un pays tiers et un distributeur établi dans un marché interne peut être incompatible avec le marché européen lorsqu'il fait obstacle, en droit ou en fait, à ce que le distributeur réexporte les produits en cause dans d'autres États membres, ou à ce que ces produits soient importés d'autres États membres dans la zone protégée, et y soient distribués, par des personnes autres que le concessionnaire ou ses clients (point 12). Il est intéressant de noter que, trente ans plus tard, l'UE est confrontée au même problème : celui où le producteur (vendeur) non-européen interdit de distribuer (revendre) à son distributeur (acheteur) européen les produits dans les autres États membres.

Analysons à cet effet quelques exemples assez récents concernant Gazprom, une société russe qui est un des plus grand producteurs du gaz au monde (ses principaux secteurs d'activité sont l'exploration géologique, la production, le transport, le stockage, la transformation et la commercialisation des hydrocarbures ainsi que la production et la commercialisation de la chaleur et l'électricité)¹³⁴, et quelques sociétés européennes spécialisées elles aussi dans le domaine de l'énergie.

En 2001, la Commission Européenne a ouvert une enquête sur trois affaires de restriction à l'exportation concernant le gaz russe. L'investigation en question se fondait juridiquement sur une possible violation de l'article 81 du traité CE sur les pratiques restrictives de concurrence (article 101 TFUE). Ainsi, l'année 2001 a marqué le point de départ de l'application systématique des règles européennes de concurrence aux relations gazières entre l'UE et Russie.

Le premier résultat concret fut atteint en octobre 2003 quand les services de la concurrence de la Commission sont parvenus à régler par un accord transactionnel la situation problématique née de l'accord entre la société italienne ENI, spécialisée dans les hydrocarbures, et Gazprom, et issue plus particulièrement d'un certain nombre de clauses

¹³⁴ Voir <http://www.gazprom.com>, 25.01.2012.

contractuelles restrictives.¹³⁵ Lesdites clauses interdisaient aux grossistes de revendre le gaz hors des pays où ils étaient établis (comme dans l'affaire *Béguelin*), ce qui constituait une violation du droit européen de la concurrence et menaçait l'effort de création du marché européen du gaz.¹³⁶

En outre, la Commission européenne a clos, en février 2005, ses enquêtes sur les contrats de fournitures de gaz entre la société de production de gaz et de pétrole autrichienne OMV et Gazprom au motif que ces deux sociétés avaient finalement accepté de supprimer les clauses contrevenant à l'article 101 TFUE.¹³⁷ Ultérieurement, en juin de la même année, la Commission a, de manière similaire, mis un terme à sa dernière enquête sur les restrictions à l'exportations de gaz russe ouverte en 2001, à la lumière des améliorations apportées aux contrats de fournitures de gaz entre la société gazière allemande Ruhrgas et Gazprom, consistant à éliminer les dispositions contractuelles en non-conformité avec l'article 101 TFUE : les deux parties ont convenu d'éradiquer les clauses de restrictions territoriales à la vente contenues dans les contrats épinglés par la Commission.¹³⁸

En résumé, dans tous les trois litiges, Gazprom s'est pliée aux ordres de la Commission et a amendé les contrats à l'aune des exigences du droit européen de la concurrence, en vue de pouvoir fournir leurs services sur le marché européen. Ainsi, on voit que la question soulevée il y a plus de trente ans est toujours d'actualité aujourd'hui. Cependant, on voudrait souligner le caractère double d'une telle question : premièrement, il était possible d'obliger Gazprom à changer les clauses dans les contrats grâce à l'application extraterritoriale du droit européen de la concurrence ; deuxièmement, les clauses empêchant de revendre le produit à un autre État membre constituent une violation du droit européen de la concurrence.

¹³⁵ Commission reaches breakthrough with Gazprom and ENI on territorial restriction clauses, IP/01/1345, 06/10/2003, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/03/1345&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>, 21.11.2011.

¹³⁶ Ibidem.

¹³⁷ Competition : Commission secures improvements to gas supply contracts between OMV and Gazprom, IP/05/195, 17/02/2005, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/195&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>, 21.11.2011.

¹³⁸ Competition : Commission secures changes to gas supply contracts between E.ON Ruhrgas and Gazprom, IP/05/2005, 10/06/2005, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/710&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>, 21.11.2011.

II. EMI/CBS UK, EMI/ CBS Grammofoon et EMI/ CBS Schallplatten. Propriété intellectuelle et l'affectation du commerce entre les États membres.

22.2. Les trois arrêts suivants *EMI/CBS UK*¹³⁹, *EMI/ CBS Grammofoon*¹⁴⁰, *EMI/ CBS Schallplatten*¹⁴¹ portent sur les relations entre le droit de marque et droit de la concurrence. Les relations entre le droit de la propriété intellectuelle et droit européen de la concurrence, ainsi que ces trois arrêts, vont être analysés en détails dans un chapitre spécialement dédié à ces questions (voir le Chapitre 2 du Titre II de la thèse), néanmoins, en prenant en considération que les arrêts de la série *EMI* représente les premières décisions appliquant le droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers, il paraît utile de les mentionner aussi ici.

Dans l'arrêt *EMI/CBS UK* la Cour a énoncé qu'une entente entre des opérateurs économiques à l'intérieur du marché européen et des concurrents dans des pays tiers, d'où résulterait un isolement de l'ensemble du marché intérieur qui réduirait, dans l'aire européenne, l'offre des produits originaires de pays tiers, similaires à ceux protégés par une marque à l'intérieur de l'UE, pourrait être de nature à altérer les conditions de la concurrence à l'intérieur du marché interne. Dans le cas où le titulaire de la marque litigieuse dans le pays tiers dispose à l'intérieur de l'UE de plusieurs filiales établies dans divers États membres et qui sont en mesure de commercialiser les produits en cause dans le marché interne, cet isolement serait également susceptible d'affecter le commerce entre États membres (points 28-29).

Ainsi, le droit européen de la concurrence est également applicable aux entreprises des États tiers exerçant leur activité dans le domaine de propriété intellectuelle, si elles peuvent *affecter le commerce entre les États membres*. Toutefois, comme mentionné auparavant, les relations entre le droit européen de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle, ainsi que la tentative par Microsoft d'utiliser le droit international de propriété intellectuelle (l'invocation des normes de L'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)) en guise de bouclier contre le droit européen de la concurrence seront analysés plus tard dans un chapitre spécial (voir paragraphes 71 et s.).

¹³⁹ CJCE, 15.06.1976, *EMI Records Limited c/ CBS UK Limited*, Aff. 51-75, Rec. 1976, p.00811.

¹⁴⁰ CJCE, 15.06.1976, *EMI Records Limited c/ CBS Grammofoon A/S*, Aff. 86-75, Rec. 1976, p. 00871.

¹⁴¹ CJCE, 15.06.1976, *EMI Records Limited c/ CBS Schallplatten GmbH*, Aff. 96-75, Rec. 1976, p. 00913.

III. Tepea, un arrêt à part.

22.3. En revenant à la discussion sur les arrêts fondamentaux sur l'application de la théorie de l'effet, on peut examiner l'arrêt *Tepea*¹⁴², où la Cour confirme son approche concernant l'applicabilité du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers en rappelant que « *il résulte de la jurisprudence de la Cour (CJCE, 25.11.1971, Béguelin Import Co. c/ S.A.G.L. Import Export, aff. 22-71, Rec.1971 p.00949) que le fait par l'une des entreprises participant à l'accord d'être située dans un pays tiers ne fait pas obstacle à l'application de l'article 85 TCEE [article 81 TCE – article 101 TFUE], dès lors que l'accord produit ses effets sur le territoire du marché commun, encore faut-il considérer que cet accord échappe à la prohibition de l'article 85 TCEE lorsqu'il n'affecte le commerce intracommunautaire que d'une manière non sensible* » (point 47).

Il est utile d'analyser cet arrêt un peu plus attentivement car la motivation et la résolution finale de la Cour sont très intéressantes. Deux sociétés – Theal (société néerlandaise) et Cecil E. Watts (société anglaise) ont conclu un accord de concession exclusive portant sur des appareils de nettoyage pour disques d'enregistrement, concernant des livraisons à l'intérieur d'un État membre. La cour a décidé que, tant que le Royaume-Uni demeurait un pays tiers, les restrictions de concurrence nées de l'application des accords Watts/ Theal n'ont eu d'effets réels que sur le commerce à l'intérieur des Pays-Bas et aucun élément dans le dossier ne permet soutenir que le cloisonnement de ce marché national a entravé d'une manière sensible des courants d'échange entre États membres portant sur les produits Watts avant le 1^{er} janvier 1973, date de l'adhésion du Royaume-Uni au Marché commun (point 48). La Cour a conclu que depuis le 1 janvier 1973, les accords entre Theal et Watts affectaient le commerce entre les États membres (point 51). Donc, la Cour a statué que depuis cette date (1 janvier 1973), les mesures affectant le commerce entre États membres des appareils de nettoyage des disques d'enregistrement et ayant pour effet de priver les utilisateurs des avantages découlant d'une concurrence effective entre produits d'une même marque pouvant résulter de débouchés et de sources d'approvisionnement

¹⁴² CJCE, 20.06.1978, *Tepea BV c/ Commission des Communautés européennes*, Aff. 28/77, Rec. 1978, p.01391.

plus bas sont incompatibles avec le marché commun et tombent sous l'interdiction de l'article 85 TCEE (point 56).

Dans ce cas la Cour a fait référence au fait que le Royaume-Uni n'était pas un État membre à ce moment, ainsi, l'accord entre une société anglaise et une société néerlandaise ne produit pas ses effets sur le commerce entre les États membres. Ainsi, avant l'adhésion du Royaume-Uni à la CEE selon le point de vue de la Cour il n'y avait pas les effets sur le marché commun.

IV. Pâte de Bois. L'arrêt fondamental.

22.4. Un des arrêts les plus importants dans le cadre de cette recherche est l'arrêt *Ahlström*¹⁴³ (aussi connu comme *Wood Pulp* ou affaire « *Pâte de Bois* ») qui donne les critères de base de l'application extraterritoriale du droit européen de la concurrence en utilisant la mise en œuvre d'un accord comme le critère principal de la confirmation de la compétence juridictionnelle. La Cour a souligné que l'application du droit européen de la concurrence ne dépend pas de l'existence « des filiales, agents, sous-agents ou succursales établis dans la Communauté » (point 17). Ainsi, l'accent est mis sur ***la vente sur le marché européen***.¹⁴⁴

Dans ce cas, la Commission a adopté la décision contre les producteurs non-européens de pâte de bois qui exerçaient les différentes pratiques visées de restreindre le commerce dans le cadre de l'UE (CE). Un certain nombre de producteurs n'avait pas de filiale ou de succursale dans l'UE et un parmi eux, KEA, était une association américaine d'exportation de Webb-Pomerene¹⁴⁵. La Commission a déclaré que l'article 81 TCE (101 TFUE) est applicable

¹⁴³ CJCE, 27.09.1988, *A. Ahlström Osakeyhtiö et autres c/ Commission*, Aff. jointes 89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85, Rec. 1988 p. 05193.

¹⁴⁴ Voir Ariel EZRACHI, *EC Competition Law. An Analytical Guide to the Leading Cases*, Hart Publishing, Portland, 2008, pp. 273-274. Voir aussi Alison JONES and Brenda SUFRIN, *EC Competition Law. Text, cases, materials*. 3rd edition, Oxford University Press, NY, 2008, p.1374.

¹⁴⁵ La loi Webb-Pomerene du 1918 (An act to promote export trade, ch.50, 40 Stat. 516 (1918)) permet aux entreprises dans un secteur donné à exporter leurs production par le biais d'une agence unique de vente. Il est une exception aux principaux de lois antitrust, qui interdisent normalement concurrents d'agir ensemble. Son but déclaré est d'améliorer la position compétitive des entreprises américaines à l'étranger et, ainsi, d'augmenter les exportations des États-Unis. Il existait deux raisons de l'existence de telle exception. Premièrement, la combinaison permettait aux petites entreprises dans les industries compétitives d'obtenir des économies d'échelle dans les leurs ventes à l'étranger (to obtain economies of scale in their overseas sale). Deuxièmement, les associations d'exportation étaient un instrument pour permettre aux exportateurs américains, indépendamment de structure de leur industrie, faire face plus efficacement avec les cartels

aux pratiques restrictives qui peuvent affecter le commerce entre les États Membres même si les entreprises et les associations participant à de telles pratiques sont établies hors de l'UE. Les défenseurs étrangers ont argué, entre autres, que la Commission n'était pas compétente car ils étaient situés en dehors de l'UE. La Cour de Justice a rejeté cet argument et prononcé que le droit européen est tout à fait applicable aux entreprises non-européennes, si elles mettent en œuvre une fixation de prix, conclue à l'étranger, par la vente aux consommateurs sur le marché européen.¹⁴⁶

La Cour a rappelé que les principales sources d'approvisionnement en pâte de bois sont situées en dehors de l'UE, à savoir au Canada, aux États-Unis, en Suède et en Finlande, et que le marché a, en conséquence, une dimension mondiale. Lorsque des producteurs de pâte établis dans ces pays effectuent des ventes directement à des acheteurs établis dans l'UE et lorsqu'ils se livrent à une concurrence de prix pour emporter les commandes de ces clients, il y a concurrence à l'intérieur du marché européen (point 12).

Il s'ensuit que, lorsque ces producteurs se concertent sur les prix qu'ils consentiront à leurs clients établis dans l'UE et mettent en œuvre cette concertation en vendant à des prix effectivement coordonnés, ils participent à une concertation qui a pour objet et pour effet de restreindre le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché européen, au sens de l'article 101 TFUE (article 85 TCEE) (point 13).

Dans ces conditions, la Cour a conclu que la Commission, en appliquant, dans les conditions de l'espèce, les règles de concurrence du traité à l'égard d'entreprises ayant leur siège social en dehors de l'UE, n'a pas fait une appréciation erronée du domaine d'application territorial de l'article 101 TFUE (article 85 TCEE).

A l'appui du moyen tiré de l'incompatibilité de la décision avec le droit international public, les requérants ont fait valoir que l'application des règles de concurrence en l'espèce a été fondée sur les seules répercussions économiques à l'intérieur du marché commun qu'auraient produites des comportements restrictifs de la concurrence qui auraient été adoptés en dehors de la l'UE (point 15).

étrangers. Voir David A. LARSON, *An Economic Analysis of the Webb-Pomerene Act*, Journal of Law and Economics Vol. 3, No 2 (October 1970), pp. 461-500.

Il faut souligner qu'aujourd'hui ils n'existent que sept associations profitant de la loi Webb-Pomerene enregistrées par la Federal Trade Commission des États-Unis. Source : <http://www.ftc.gov/os/statutes/webbpomerene/index.shtm> , 28.11.2011.

Voir aussi, Elaine METLIN, Alicia J BATTIS and James R MARTIN, *The Webb-Pomerene Act : a relic that outlived its usefulness*, The Antitrust Review of the Americas, 2006, pp. 84-86.

¹⁴⁶ Voir Ariel EZRACHI, *EC Competition Law. An Analytical Guide to the Leading Cases*, Hart Publishing, Portland, 2008, p.273.

Il convient de souligner, à cet égard, qu'une infraction à l'article 101 TFUE (85 TCEE), telle que la conclusion d'un accord qui a eu pour effet de restreindre la concurrence à l'intérieur du marché commun, implique deux éléments de comportement, à savoir la formation de l'entente et sa mise en œuvre. Faire dépendre l'applicabilité des interdictions édictées par le droit de la concurrence du lieu de la formation de l'entente aboutirait à l'évidence à fournir aux entreprises un moyen facile de se soustraire auxdites interdictions. ***Ce qui est déterminant, c'est donc le lieu où l'entente est mise en œuvre***¹⁴⁷ (point 16). En l'espèce, les producteurs ont mis en œuvre leur entente de prix à l'intérieur du marché européen (point 17).

Dans ces conditions, la compétence de l'UE pour appliquer ses règles de concurrence à l'égard de tels comportements est couverte par le principe de territorialité qui est universellement reconnu en droit international public (point 18).

En ce qui concerne l'argument tiré de la violation du principe de non-intervention, la Cour a précisé que les requérants membres de la KEA se sont référés à une règle selon laquelle, lorsque deux États ont compétence pour édicter et pour exécuter des normes et que leurs normes aboutissent à ce qu'une personne se voit imposer des ordres contradictoires quant au comportement qu'elle doit adopter, chaque État serait tenu d'exercer sa compétence avec modération. Les requérants en ont conclu qu'en appliquant son droit de la concurrence en méconnaissance de cette règle, l'UE a porté atteinte au principe de non-intervention (point 19).

Sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur l'existence en droit international d'une règle telle que celle invoquée, il suffit de constater que les conditions d'application n'en sont, en toute hypothèse, pas remplies. En effet, il n'y a pas, en l'espèce, de contradiction entre le comportement prescrit par les États-Unis et celui prescrit par la Communauté, étant donné que la loi Webb-Pomerene se borne à exempter de l'application des lois antitrust américaines la conclusion de cartels d'exportation, sans imposer la conclusion de tels accords (point 20).

Cependant, la Cour souligne que les autorités des États-Unis n'ont pas soulevé d'objections tirées d'un éventuel conflit de compétence, lorsqu'elles ont été consultées par la Commission, conformément à la recommandation du Conseil de l'OCDE du 25 octobre 1979 (*Actes de l'Organisation*, vol. 19, p. 376) concernant la coopération des États membres

¹⁴⁷ Les italiques sont à moi.

en cas de pratiques commerciales restrictives affectant les échanges internationaux (point 21).

Dans ces conditions, la Cour a conclu que la décision de la Commission n'était contraire ni à l'article 85 du traité (101 TFUE) ni aux règles de droit international public invoquées par les requérants (point 23).

L'Avocat général Darmon a supporté l'adoption de la théorie de l'effet en affirmant dans ses conclusions que « *ni la nationalité ni la localisation géographique de l'entreprise, mais bien la localisation de l'effet anticoncurrentiel constitue le critère d'application du droit communautaire de la concurrence* » (point 9).¹⁴⁸

V. Gencor. Le « bras long » de la Commission.

22.5. Dans l'arrêt ultérieur *Gencor Ltd c/ Commission* le Tribunal a stipulé que « *selon l'arrêt Pâte de bois, le critère de la mise en œuvre de l'entente est satisfait par la simple vente dans la Communauté, indépendamment de la localisation des sources d'approvisionnement et des installations de production* » (point 87).¹⁴⁹

Gencor, une société constituée en vertu du droit sud-africain, et Lonrho Plc (Lonrho), une société constituée en vertu du droit anglais, ont proposé d'acquérir un contrôle conjoint d'Impala Platinum Holdings Ltd (Implats), une société constituée en vertu du droit sud-africain. L'opération était approuvée par le South African Competition Board. La Commission européenne a aussi examiné l'opération selon le *Règlement sur les concentrations*¹⁵⁰ et était concerné à cause de l'effet d'une telle opération sur le marché européen. Suivant son investigation, la Commission a bloqué l'opération sur le fondement qu'elle pourrait créer un duopole dominant sur le marché mondial du platine et du rhodium et que, partant, la concurrence serait restreinte de manière significative sur le marché commun. Dans son

¹⁴⁸ Conclusions de l'Avocat général M. Marco Darmon, Aff. jointes 89, 104, 114, 116, 117 ET 125 À 129/85, 25 mai 1998, Rec. 1998 p. 05193.

¹⁴⁹ Les italiques sont à moi.

¹⁵⁰ Aujourd'hui c'est le Règlement (CE) No 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises analysé auparavant. A l'époque de l'arrêt c'était le Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises JO n° L 395 du 3.12.1989 p. 0001 – 0012. Voir aussi Livre vert sur la révision du Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 11 décembre 2001 [(COM(2001) 745 final - Non publié au Journal Officiel)].

appel au Tribunal pour l'annulation de la décision, Gencor a invoqué, parmi les autres moyens, que la Commission n'avait pas de compétence pour examiner l'opération.¹⁵¹

Le Tribunal a rejeté l'argument de la Commission selon lequel la requérante, en lui notifiant l'accord de concentration en vue de son examen et en faisant de son approbation une condition préalable de sa mise en œuvre, se serait soumise volontairement à sa compétence. En effet, la violation des obligations de notification et de suspension prévues par le règlement sur les concentrations¹⁵² pour toute opération de concentration de dimension européenne est assortie de fortes sanctions pécuniaires¹⁵³. Ainsi, on ne saurait déduire de la notification ou de la suspension de la mise en œuvre de l'accord de concentration une soumission volontaire quelconque de la requérante à la compétence de l'UE. Cependant, pour apprécier cette compétence à l'égard d'une opération de concentration, la Commission doit, au préalable, pouvoir examiner ladite opération, ce qui justifie l'imposition d'une obligation de notification à la charge des parties à la concentration. Cette obligation ne préjuge pas de la compétence de la Commission pour statuer sur la concentration en cause (point 76).

S'agissant de la première question, il convient de rappeler que le règlement sur les concentrations¹⁵⁴ s'applique à toutes les opérations de concentration de dimension européenne. Le règlement n'exige pas que pour avoir la dimension européenne (communautaire) les entreprises doivent être établies dans l'UE ou que les activités exercées par la concentration doivent être réalisées sur le territoire de l'UE (points 78-86).

Selon l'arrêt *Pâte de bois*, le critère de la mise en œuvre de l'entente est satisfait par la simple vente dans l'UE, indépendamment de la localisation des sources d'approvisionnement et des installations de production. Or, il n'est pas contesté que Gencor et Lonrho réalisaient des ventes dans l'UE avant la concentration et auraient continué à le faire après (point 87).

Dans ces conditions, en appliquant en l'espèce le règlement sur les concentrations à un projet de concentration notifié par des entreprises ayant leur siège social et déployant leurs activités d'extraction et de production en dehors de l'UE, la Commission n'a pas fait

¹⁵¹ Voir Ariel EZRACHI, *EC Competition Law. An Analytical Guide to the Leading Cases*, Hart Publishing, Portland, 2008, p.275. Voir aussi Alison JONES and Brenda SUFRIN, *EC Competition Law. Text, cases, materials*. 3rd edition, Oxford University Press, NY, 2008, p.1379.

¹⁵² Articles 4 et 7 du Règlement n° 4064/89.

¹⁵³ Article 14 du Règlement n° 4064/89.

¹⁵⁴ Article 1 du Règlement n° 4064/89.

une appréciation erronée du domaine d'application territorial du règlement en question (point 88).

A la suite de l'accord de concentration, les rapports de concurrence existant préalablement entre Implats et LPD, notamment en ce qui concerne leurs ventes dans l'UE, auraient été éliminés. Cela aurait modifié la structure de la concurrence à l'intérieur du marché interne, dès lors que, au lieu de trois fournisseurs sud-africains de platinoïdes, il n'en serait resté que deux. La mise en œuvre de la concentration projetée aurait entraîné non seulement la fusion des activités d'extraction et de production des platinoïdes des parties exercées en Afrique du Sud, mais aussi celle de leurs activités de commercialisation partout dans le monde et plus particulièrement dans l'UE, où Implats et LPD réalisaient des ventes non négligeables (point 89).

Ainsi, selon le Tribunal, lorsqu'il est prévisible qu'une concentration projetée produira un effet immédiat et substantiel dans le territoire de l'UE, l'application du règlement sur les concentrations est justifiée au regard du droit international public (points 90-101).

Le Tribunal examine ensuite si l'exercice de cette compétence par l'UE a violé un principe de non-intervention et le principe de proportionnalité. Dans ce cas il n'avait pas de conflit entre le cours d'actions exigées par le gouvernement sud-africain et ceci exigé par la Commission européenne, en prenant en considération le fait que les autorités de concurrence de l'Afrique du Sud ont tout simplement conclu que l'accord de concentration n'a pas donné lieu aux inquiétudes du point de vue de la politique de concurrence, sans avoir exigé que tel accord soit conclu (points 102-105).

L'application extraterritoriale du règlement sur les concentrations est devenue très répandue. Deux décisions de la Commission particulièrement remarquables et qui accentuent la tension causée par une telle compétence juridictionnelle « au bras long » ont été rendues quelque temps après dans les affaires *Boeing/McDonnell Douglas* et *General Electric/Honeywell*.¹⁵⁵

VI. *Boeing/McDonnell Douglas. Premier conflit.*

¹⁵⁵ Voir Ariel EZRACHI, *EC Competition Law. An Analytical Guide to the Leading Cases*, Hart Publishing, Portland, 2008, p.276. Voir aussi Alison JONES and Brenda SUFRIN, *EC Competition Law. Text, cases, materials*. 3rd edition, Oxford University Press, NY, 2008, p.1387.

22.6. Dans l'affaire *Boeing/McDonnell Douglas* (IV/M.877), la Commission européenne a examiné l'opération entre deux sociétés américaines. En dépit du fait que ni Boeing ni McDonnell Douglas n'avait d'usine ou d'actifs dans l'UE, leurs chiffres d'affaires mondiaux satisfaisaient aux exigences du règlement sur les concentrations pour traiter l'opération comme ayant la dimension communautaire, donnant ainsi compétence à la Commission. Avant que la Commission ne rejette ces objections concernant l'opération, cette fusion a provoqué un débat sur l'autorité de la Commission pour examiner et bloquer les opérations en question. Certains critiques ont suggéré que les inquiétudes de la Commission étaient purement protectionnistes et destinées à promouvoir Airbus. Les tensions entre l'UE et les autorités américaines ont augmenté, poussant le Président Clinton à annoncer que la question pourrait être invoquée devant l'Organisation Mondiale du Commerce si l'UE venait à bloquer la fusion.¹⁵⁶ L'autorisation par la Commission de la fusion est parvenue à imposer le silence sur la plupart de critiques, néanmoins, ce cas montre bien le conflit politique et juridique possible lié à l'application extraterritoriale du droit européen de la concurrence.¹⁵⁷

VII. General Electric/Honeywell. Deuxième conflit.

22.7. Dans la décision suivante, *General Electric/Honeywell* (3.07.2001, COMP/M.2220), la Commission européenne a interdit l'acquisition, pour un montant de 42 milliards de dollars, de Honeywell par General Electric (GE).¹⁵⁸ La Commission a décidé qu'une telle fusion aurait restreint la concurrence dans l'industrie aérospatiale de par la combinaison de la position forte de GE sur le marché des moteurs des avions et de la position également forte de Honeywell sur le marché des systèmes avioniques et non-avioniques. Ce qui est le plus intéressant dans ce cas, c'est que le *Department of Justice* des États-Unis (DOJ) a, en revanche, approuvé cette opération. Le DOJ a conclu que la fusion

¹⁵⁶ Il est intéressant de noter que les États-Unis ont été toujours très opposés à l'idée de donner à l'OMC rôle plus important dans la réglementation des conflits issus du droit de la concurrence (le problème est analysé en détails dans la deuxième et troisième parties de la thèse). Toutefois, en cas de conflit entre deux juridictions majeures il y a le besoin d'une autorité internationale pour régler tel conflit. L'OMC paraît être le meilleur forum pour résoudre le problème (voir la troisième partie de la thèse).

¹⁵⁷ Voir Ariel EZRACHI, *EC Competition Law. An Analytical Guide to the Leading Cases*, Hart Publishing, Portland, 2008, p.276.

¹⁵⁸ Voir Stefan SCHMITZ, *The European Commission's Decision in GE/Honeywell and the Question of the Goals of Antitrust Law*, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 23:3, 2002, 539-595pp.

serait pro-concurrentielle et positive pour les consommateurs. Selon l'opinion du DOJ la nouvelle entité pourrait offrir de meilleurs produits et services à des prix plus attractifs que si chaque société restait séparée. Cette décision de la Commission a provoqué plusieurs critiques et l'intérêt des medias.¹⁵⁹ La tension politique entre les États-Unis et l'UE a augmenté encore une fois.¹⁶⁰

Quatre ans plus tard, le Tribunal a confirmé la décision de la Commission.¹⁶¹ Le 14 décembre 2005, le Tribunal a rejeté les recours en annulation introduits par GE et Honeywell contre ladite décision de la Commission. Le Tribunal a invalidé l'analyse de la Commission fondée sur la théorie des effets verticaux et de conglomérat : cependant, il a jugé que la décision d'interdiction était justifiée compte tenu des chevauchements horizontaux entre les activités des parties.¹⁶²

Dans son examen de la décision de la Commission, le Tribunal a appliqué les principes issus de la jurisprudence *Tetra Laval*¹⁶³. Ainsi, selon le Tribunal, lorsque la Commission souhaite appliquer la théorie des effets congloméraux, elle doit démontrer que les trois conditions suivantes sont réunies :

1) la nouvelle entité doit être capable de se livrer à des pratiques susceptibles de produire des effets congloméraux (par exemple, elle doit être en mesure de pratiquer des ventes liées) ;

2) l'adoption de telles pratiques doit être *probable* ;

3) ces pratiques doivent aboutir dans le futur relativement proche à la création ou au renforcement d'une position dominante.¹⁶⁴

Le Tribunal a conclu que la décision d'interdiction ne contenait pas l'ensemble des démonstrations requises par la jurisprudence *Tetra Laval*. Certes, la Commission a établi qu'à la suite de l'opération, GE aurait été *capable* de se livrer à certaines pratiques commerciales (telles que les ventes liées ou les refus de vente) conduisant à des effets verticaux et congloméraux. Néanmoins, la Commission n'a pas démontré le caractère

¹⁵⁹ Ibidem.

¹⁶⁰ Voir aussi Valentine KORAH, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 9th edition, Hart Publishing, Portland, 2007, p.420.

¹⁶¹ TPI, 14.12.2005, *General Electric Company c/ Commission*, T-210/01, Rec. 2005 p. II-05575.

¹⁶² Voir Ianis GIRGENSON, *GE/Honeywell: une victoire à la Pyrrhus pour la Commission?*, Revue Lamy de la Concurrence, Janvier-Mars 2006, N° 6, 14-15pp. Voir aussi Eric BARBIER DE LA SERRE, *Portée utile des recours en matière de contrôle des concentrations*, Revue Lamy de la Concurrence, Janvier-Mars 2006, N° 6, p.67.

¹⁶³ TPI, 25.10.2002, *Tetra Laval BV*, aff. T-5/02 et T-8/02, Rec. II p. 4381 ; confirmé par CJCE, 15.02.2005, *Commission c/ Tetra Laval*, aff. C-12/03, Rec. I p.987.

¹⁶⁴ Ianis GIRGENSON, *GE/Honeywell: une victoire à la Pyrrhus pour la Commission?*, *op.cit.*, p.14.

probable de ces pratiques. Au contraire, la Commission a systématiquement présumé que les parties auraient, «*en bonne logique économique*», une incitation à se livrer à de telles pratiques (considérant 349). Or elle aurait dû procéder à une analyse approfondie des incitations de GE à se livrer à des pratiques relevant des effets verticaux et congloméraux :

- d’une part, la Commission aurait dû comparer les coûts et les avantages inhérents aux pratiques en question. Par exemple, GE ne se serait pas livrée à des ventes liées à prix réduits de « *packages* » comprenant des réacteurs et des produits avioniques et non-avioniques si le coût de ces pratiques (résultant des réductions de prix pour certains produits du « *package* ») était supérieur à leurs bénéfices (i.e., l’accroissement des ventes grâce à l’effet de levier) ;

- d’autre part, la Commission aurait dû prendre en considération le rôle dissuasif de l’article 82 CE (102 TFUE) qui aurait pu faire renoncer GE à adopter certains comportements abusifs (tels que les refus de vente).¹⁶⁵

Ainsi, le Tribunal a jugé que les analyses par la Commission des effets verticaux et de conglomérat de l’opération étaient entachées d’erreurs manifestes d’appréciation. Cependant, le Tribunal a maintenu les conclusions de la Commission concernant les trois marchés sur lesquels l’opération aurait abouti à des additions significatives de parts de marché (réacteurs pour avions régionaux de grande taille, réacteurs pour avions d’affaires et petites turbines à gaz marines). Le Tribunal a jugé que l’opération aurait créé ou renforcé des positions dominantes sur ces marchés et que les engagements offerts par les parties ne permettaient pas de résoudre ces problèmes. Le Tribunal a également écarté les griefs avancés par GE tirés de prétendues violations des droits de la défense (notamment en matière d’accès au dossier). Enfin, le Tribunal a rejeté l’action de Honeywell pour des raisons techniques tenant à la portée de son recours.¹⁶⁶

Il est intéressant à noter qu’à aucun moment GE ou Honeywell n’invoquent le fait qu’elles sont deux entreprises américaines. La question de la compétence du Tribunal ou de la Commission ne se pose plus, après les arrêts *Ahlström*, il n’est plus nécessaire de justifier l’application du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers dès qu’on constate le fait de simple vente dans l’UE. Dans sa décision la Commission mentionne brièvement que la fusion entre GE et Honeywell a une dimension communautaire (européenne) (point 7). Evidemment, comme le marché européen est un marché très grand

¹⁶⁵ Ianis GIRGENSON, *GE/Honeywell: une victoire à la Pyrrhus pour la Commission?*, *op.cit.*, p.14.

¹⁶⁶ Ibidem.

et intéressant, la plupart des entreprises multinationales vendent leurs produits sur ce marché. Pourtant, cette vente même représente le lien incontestable avec le marché, ainsi, l'application du droit européen de la concurrence ne paraît pas arbitraire. Toutefois, se pose une autre question : s'il existe un lien avec le marché comme la vente, est-il véritablement nécessaire de parler des effets sur le marché, surtout de la théorie de l'effet, tandis qu'on a la preuve substantielle de lien avec le marché en question ? C'est-à-dire dès qu'on vend certains produits sur le marché on produit les effets sur ce marché. Le lien de vente en soi est suffisant pour justifier l'application du droit européen de la concurrence.

Conclusion.

23. En guise de conclusion on peut résumer les suivantes du développement de l'application de la théorie de l'effet de manière suivante:

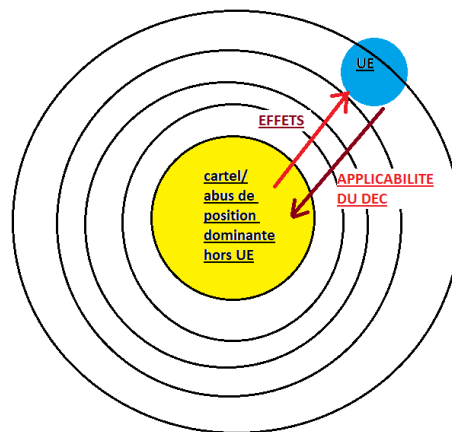
1^{ière} étape (l'arrêt *Béguelin*, *EMI*, *Tepea*) : les effets sur le marché interne et, par conséquent, l'application du droit européen de la concurrence ont été reconnus à chaque fois que l'entreprise non-européenne avait un partenaire européen, sans toutefois que l'existence, en l'espèce, de ce partenaire ait été érigé au rang de condition de l'applicabilité du droit européen par le juge.

2^{ème} étape (les arrêts *Ahlström*, *Gencor*, et suivants) : les effets sur le marché interne, par conséquent, l'application du droit européen de la concurrence à chaque fois avec le fait de la vente sur le marché européen, sans toutefois que l'existence, en l'espèce, de ce fait de vente ait été érigé au rang de condition de l'applicabilité du droit européen par le juge.

3^{ème} étape (possible dans le futur) : les effets sur le marché interne, par conséquent, l'application du droit européen de la concurrence sans aucun contact direct avec l'UE.

La troisième étape peut avoir lieu si on applique la théorie de l'effet de manière plus large, mais pourtant tout à fait logique, en imaginant la situation de la fusion, par exemple, entre deux ou plus entreprises non-européennes qui ne vendent directement rien sur le marché européen, mais affectent le marché mondial et, par conséquent, affectent de manière indirecte le marché européen. Une telle étape est-elle possible ? Le futur nous le montrera certainement.

Figure 1. La théorie de l'effet comme le fondement d'application du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers



On peut comparer un cartel ou un abus de position dominante à une goutte d'eau qui tombe sur la surface d'un lac. Cette goutte génère l'apparition des plusieurs cercles sur l'eau, et ces derniers peuvent faire bouger les feuilles ou les fleurs, qui sont tombées sur le lac ou qui vivent dans cet environnement aquatique, en étant tout à fait loin du point où est tombée cette goutte. Ainsi, un cartel ou un abus peuvent générer les effets négatifs sur les marchés qui sont loin des marchés d'origine des entreprises participant à un cartel ou abusant de leur position dominante.

Ainsi, après avoir conclu que le droit européen de la concurrence est applicable aux entreprises des Etats tiers on passe à l'analyse des institutions qui appliquent telles normes aux telles entreprises.

Section 3. Les institutions appliquant le droit européen de la concurrence.

29. Cette section est consacrée aux institutions européennes et nationales appliquant le droit européen de la concurrence, telles que la Commission européenne et la Cour de Justice (et le Tribunal). Ainsi, la section est divisée respectivement en deux paragraphes : le rôle des institutions européennes et le rôle des institutions nationales.

§1. Les institutions européennes.

Comme les institutions appliquant le droit européen de la concurrence aux entreprises des Etats tiers sont les mêmes que celles qui appliquent le droit européen de la concurrence aux entreprises européennes, on se satisfera de la simple présentation de ces organes dans le seul but de les connaître.

I. La Commission – DG Concurrence.

29.1. L'article 20 du règlement n° 1/2003 prévoit que la Commission dispose de pouvoirs importants en matière d'inspections, afin de garantir l'efficacité de la procédure de recherche des infractions aux règles de la concurrence. Lorsque l'évolution des échanges entre États membres, la rigidité des prix ou d'autres circonstances font présumer que la concurrence est restreinte ou faussée à l'intérieur du marché européen, la Commission peut mener une enquête sur un secteur économique ou sur un type particulier d'accords dans différents secteurs. Dans le cadre de cette enquête, la Commission peut procéder à toutes les inspections nécessaires auprès des entreprises et associations d'entreprises, auxquelles celles-ci doivent soumettre.¹⁶⁷

Les agents mandatés par la Commission exercent leurs pouvoirs sur production d'un mandat écrit indiquant l'objet et le but de l'inspection, ainsi que les sanctions possibles. La Commission informe en temps utile l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel l'inspection doit avoir lieu.¹⁶⁸

La Commission a les pouvoirs suivants :

- la Commission peut demander de renseignements pour l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par le Règlement 1/2003 (article 18);
- pouvoir de recueillir des déclarations : la Commission peut interroger toute personne physique ou morale qui accepte d'être interrogée aux fins de la collecte d'informations relatives à l'objet d'une enquête (article 19) ;
- les agents et les autres personnes les accompagnant mandatés par la Commission pour procéder à une inspection sont investis des pouvoirs suivants :

¹⁶⁷ Jasmin BATTISTA, Christian ROQUES, *Les inspections communautaires en matière de concurrence*, Revue Lamy de la Concurrence, Janvier/Mars N°14, p.136.

¹⁶⁸ Ibidem.

- a) accéder à tous les locaux, terrains et moyens de transport des entreprises et associations d'entreprises ;
- b) contrôler les livres ainsi que tout autre document professionnel, quel qu'un soit le support ;
- c) prendre ou obtenir sous quelque forme que ce soit copie ou extrait de ce livres ou documents ;
- d) apposer des scellés sur tous les locaux commerciaux et livres ou documents pendant la durée de l'inspection et dans la mesure où cela est nécessaire aux fins de celle-ci ;
- e) demander à tout représentant ou membre du personnel de l'entreprise ou de l'association d'entreprises des explications sur des faits ou documents en rapport avec l'objet et le but de l'inspection et enregistrer ses réponses (article 20).¹⁶⁹

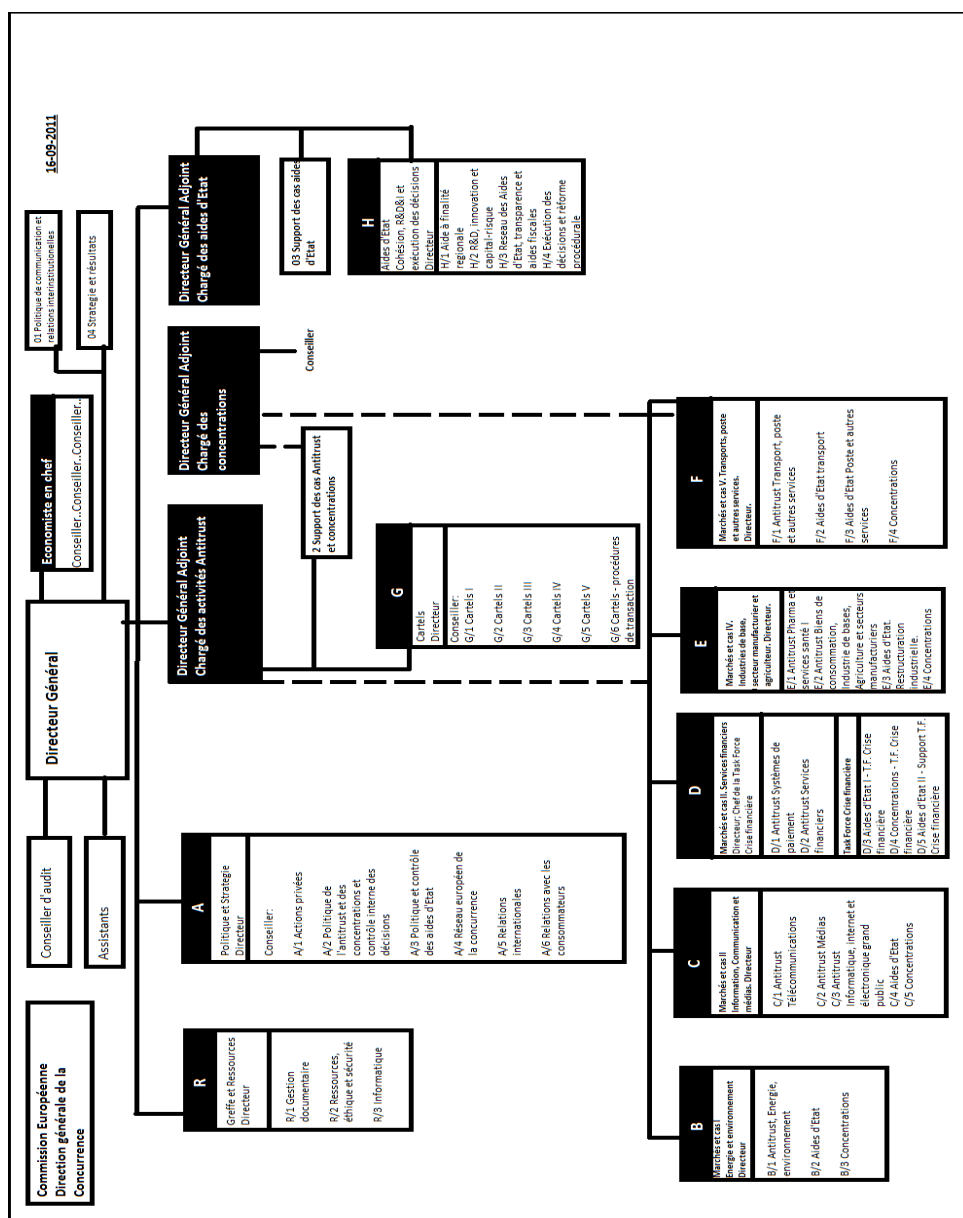
La Commission peut imposer les sanctions suivantes :

- amendes (article 23) ;
- astreintes (article 24).

Figure 1. La structure de la Direction Générale – Concurrence de la Commission européenne

Source : http://ec.europa.eu/dgs/competition/directory/organi_fr.pdf , 07.11.2011.

¹⁶⁹ Voir Jasmin BATTISTA, Christian ROQUES, *Les inspections communautaires en matière de concurrence*, op.cit., pp.136-145.



II. La Cour de Justice et le Tribunal.

29.2. En matière de contrôle de légalité, le juge de première instance de l'UE exerce un contrôle entier couvrant la légalité externe et la légalité interne de la décision concernée.¹⁷⁰ Concernant la légalité externe, la Cour a posé, dans son arrêt *Schneider II*, une obligation de motivation permettant *“aux intéressés de connaître les raisons pour lesquelles le Tribunal n’a pas fait droit à leurs arguments et à la Cour de disposer des éléments suffisants pour exercer son contrôle”*¹⁷¹. En ce qui concerne la légalité interne, le juge exerce un contrôle entier sur une part importante de la décision.

Lorsque le Tribunal est saisi d'un recours en annulation d'une décision prise sur le fondement des articles 101 ou 102 TFUE, il effectue un contrôle de l'erreur de droit et de l'erreur de fait. Le Tribunal a aussi, par exemple, réaffirmé le principe *in dubio pro reo* dans son arrêt *E.ON Energie AG*¹⁷². Ainsi, le contrôle entier qu'est amené à exercer le Tribunal, lui permet de réformer les décisions non seulement lorsqu'elles sont illégales, mais également lorsqu'elles sont erronées. Le juge peut notamment réformer l'amende¹⁷³.

Ce n'est qu'exceptionnellement que le juge opère un contrôle restreint. Pour une appréciation économique et technique complexe, le juge contrôle la qualification juridique des faits ou encore l'absence d'erreur d'appréciation sans aller jusqu'à substituer son appréciation à celle de l'autorité ayant adopté la décision. Cette évolution est peut-être également due au débordement des juridictions de l'UE. La raison d'être de ce contrôle restreint repose sur l'idée sous-jacente de l'équilibre institutionnel. Dès lors que l'organe de régulation reste dans le cadre défini par la norme, il dispose d'une marge de manœuvre. Si la norme met en œuvre de multiples facteurs à pondérer et à mettre en balance, de sorte que plusieurs décisions sont acceptables, le Tribunal ne sanctionnera pas le choix adopté par la Commission. Cependant, le contrôle restreint exercé sur les appréciations économiques complexes n'a pas empêché le Tribunal d'annuler certaines décisions soumises à son

¹⁷⁰ Voir *Les dernières évolutions du droit européen de la concurrence*, Délégation française auprès du CCBE et Délégation des barreaux de France : Colloque du 17 mars 2011, Colloque – Concurrence N° 2-2011, pp.4-5.

¹⁷¹ CJCE, 16.07.2009, *Commission / Schneider Electric*, Aff. C-440/07.

¹⁷² TPI, 15.12.2010, *E.ON Energie / Commission*, Aff. T-141/08.

¹⁷³ TPI, 8.09.2010, *Deltafina / Commission*, Aff. T-29/05.

contrôle¹⁷⁴. Pour des opérations de concentrations où l'analyse économique est complexe, on observe un contrôle restreint. Pour les cartels où la notion d'analyse économique joue un rôle moindre, le contrôle du juge est entier. Ce qui devrait être exactement l'inverse selon certains auteurs.¹⁷⁵

Cependant, la jurisprudence recourt de plus en plus au concept de l'infraction unique et continue. Ainsi, dans l'affaire *Lafarge*¹⁷⁶, cette fiction juridique a permis au juge de faire remonter le début de l'entente six mois auparavant alors que l'entreprise concernée n'avait encore participé à aucune réunion. De son côté, l'analyse économique d'un comportement consacre une approche principalement fondée sur les effets. Selon le contexte, un même type de pratique peut avoir des effets positifs ou négatifs sur le consommateur et la concurrence.¹⁷⁷

§ 2. Les institutions nationales.

30. Ainsi, après avoir présenté les institutions européennes appliquant le droit européen aux entreprises des Etats tiers on commence la présentation des institutions des Etats membres qui peuvent aussi appliquer le droit européen de la concurrence et leur droit national de la concurrence aux entreprises des Etats tiers.

1. Les autorités de concurrence des États membres.

30.1. Comme mentionné ci-dessus, le Règlement 1/2003 a décentralisé la compétence d'application du droit européen de la concurrence et donné les pouvoirs d'appliquer ledit droit aux autorités de concurrences des États membres. Selon le Règlement 1/2003, en vue d'assurer l'application efficace des règles européennes de concurrence, il y a

¹⁷⁴ Pour un exemple récent : TPI, 15.12.2010, *Confédération européenne des associations d'horlogers-réparateurs (CEAHR) / Commission*, Aff. T 427/08. Voir aussi *Les dernières évolutions du droit européen de la concurrence*, Délégation française auprès du CCBE et Délégation des barreaux de France : Colloque du 17 mars 2011, Colloque – Concurrence N° 2-2011, pp.4-5.

¹⁷⁵ Ibidem, p.4.

¹⁷⁶ TPI, 8.07.2008, *Lafarge / Commission*, Aff. T-54/03, Rec. 2008 p. II-04361, point 698

¹⁷⁷ TPI, 9.09.2010, *Tomra Systems e.a. / Commission*, Aff. T-155/06, Rec.2010 p. II-04361, point 288.

lieu d'y associer davantage les autorités de concurrence nationales. À cette fin, celles-ci doivent être habilitées à appliquer le droit européen (point 6).

Toutefois, les juridictions nationales remplissent une fonction essentielle dans l'application des règles européennes de concurrence. Elles préservent les droits subjectifs prévus par le droit européen lorsqu'elles statuent sur des litiges entre particuliers, notamment en octroyant des dommages et intérêts aux victimes des infractions (voir Chapitre 3 du Titre II de la thèse). Le rôle des juridictions nationales est, à cet égard, complémentaire de celui des autorités de concurrence des États membres. Il convient dès lors de leur permettre d'appliquer pleinement les articles 101 et 102 TFUE (point 7 du Règlement 1/2003).

Il faut aussi prendre en considération le fait que les autorités nationales de concurrence sont celles que les États membres désignent spécifiquement pour appliquer les articles 101 et 102 TFUE (voir l'article 35, paragraphe 1, première phrase du Règlement 1/2003). Cependant, certaines d'entre elles sont des juridictions (voir l'article 35, paragraphe 1, dernière phrase du Règlement 1/2003). Ces autorités se voient organisées en un réseau (*Réseau européen de concurrence (REC)*), auquel participe aussi la Commission, et qui représente un forum de discussion ainsi qu'un cadre dans lequel les autorités de concurrence organisent leur coopération, établissant ainsi une base pour création et le maintien d'une culture commune de concurrence en Europe.¹⁷⁸ Dès l'ouverture d'une procédure au titre de l'article 101 ou de l'article 102, toute autorité de concurrence d'un État membre doit informer le réseau par écrit (sur le fonctionnement du REC voir le Chapitre 1 du Titre II de la thèse).¹⁷⁹

L'article 3 du Règlement 1/2003 est consacré au rapport entre les articles 101 et 102 du traité et les droits nationaux de la concurrence. Ainsi, selon le Règlement 1/2003, lorsque les autorités de concurrence des États membres ou les juridictions nationales appliquent le droit national de la concurrence à des accords, des décisions d'associations d'entreprises ou des pratiques concertées au sens de l'article 101, paragraphe 1 TFUE susceptibles d'affecter le commerce entre États membres au sens de cette disposition, elles appliquent également l'article 101 TFUE à ces accords, décisions ou pratiques concertées. Lorsque les autorités de

¹⁷⁸ Voir Communication de la Commission sur la coopération au sein du réseau d'autorités de concurrence, point 1, JOCE, n° C 101, du 27 avril 2004, p.43.

¹⁷⁹ Haris TAGARAS, Michel WAELBROECK, *Les autorités nationales de la concurrence et l'article 234 du Traité. Un étrange arrêt de la Cour de Justice*, Cahiers de droit européen, 2005, pp. 467-468.

concurrence des États membres ou les juridictions nationales appliquent le droit national de la concurrence à une pratique abusive interdite par l'article 102 TFUE, elles appliquent également l'article 102 TFUE (paragraphe 1, article 3, Règlement 1/2003).

L'application du droit national de la concurrence ne peut pas entraîner l'interdiction d'accords, de décisions d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, mais qui n'ont pas pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1 TFUE, ou qui satisfont aux conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3 TFUE ou qui sont couverts par un règlement ayant pour objet l'application de l'article 101, paragraphe 3 TFUE. *Le Règlement 1/2003 n'empêche pas les États membres d'adopter et de mettre en œuvre sur leur territoire des lois nationales plus strictes qui interdisent ou sanctionnent un comportement unilatéral d'une entreprise* (paragraphe 2, article 3, Règlement 1/2003).

Ainsi, la décision prise par l'autorité nationale de concurrence ne peut pas aboutir, sur la base du droit national, à un résultat différent de celui que commande le droit communautaire, sous la réserve de la possibilité pour le droit national d'interdire ou de sanctionner un comportement unilatéral autorisé (non interdit) par le droit européen.¹⁸⁰ « *Les paragraphes 1 et 2 de l'article 3 du Règlement 1/2003 analysés auparavant ne s'appliquent pas lorsque les autorités de concurrence et les juridictions des États membres appliquent la législation nationale relative au contrôle des concentrations, et ils n'interdisent pas l'application de dispositions de droit national qui visent à titre principal un objectif différent de celui visé par les articles 101 et 102 du traité* » (paragraphe 2, article 3, Règlement 1/2003).

Les autorités nationales de concurrence et la Commission européenne coopèrent, échangent les informations et interagissent dans le cadre du Réseau européen de concurrence (REC) (voir l'analyse détaillée des activités à l'intérieur du Réseau dans les paragraphes 70.2 et s.).

II. Les juridictions des États membres.

¹⁸⁰ Voir Haris TAGARAS, Michel WAELBROECK, *Les autorités nationales de la concurrence et l'article 234 du Traité...*, op.cit., p. 468.

30.2. Les juridictions nationales sont, au sens du règlement, toutes les juridictions des États membres qui appliquent les articles 101 et 102 TFUE, qu'elles le fassent dans le cadre de litiges entre particuliers, en tant qu'autorités agissant dans l'intérêt public ou comme instances de recours (considérant 21 du préambule du Règlement 1/2003).

Selon l'article 6 du Règlement 1/2003 les juridictions nationales sont compétentes pour appliquer les articles 101 et 102 TFUE. L'article 15 explique le processus de coopération entre la Commission européenne et les juridictions nationales. L'article 16 énonce que, lorsque les juridictions nationales statuent sur des accords, des décisions ou des pratiques relevant de l'article 101 ou 102 TFUE qui font déjà l'objet d'une décision de la Commission, elles ne peuvent pas prendre de décisions qui iraient à l'encontre de la décision adoptée par la Commission. Elles doivent également éviter de prendre des décisions qui iraient à l'encontre de la décision envisagée dans une procédure intentée par la Commission. À cette fin, la juridiction nationale peut évaluer s'il est nécessaire de suspendre sa procédure. Lorsque les autorités de concurrence des États membres statuent sur des accords, des décisions ou des pratiques relevant de l'article 101 ou 102 du traité qui font déjà l'objet d'une décision de la Commission, elles ne peuvent prendre de décisions qui iraient à l'encontre de la décision adoptée par la Commission (voir aussi le Chapitre 1 du Titre II de la thèse).

Ainsi, on voit que les tribunaux nationaux sont tout à fait compétents pour appliquer le droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers. En conclusion, il faut mentionner qu'on reviendra à la question de la délimitation des compétences entre les institutions européennes et les institutions nationales des États membres dans le chapitre suivant.

Après avoir analysé la théorie de l'effet et les institutions appliquant le droit européen de la concurrence de manière extraterritoriale on passe à l'examen de règles essentielles du droit européen de la concurrence qui sont applicables aux entreprises des États tiers, grâce à la théorie de l'effet ou la « responsabilité parentale » et ensuite on continue avec l'examen de l'interprétation des règles essentielles par les institutions compétentes.

Section 4. Les règles essentielles du droit européen de la concurrence applicables aux entreprises des États tiers.

24. Il est logique de commencer par l'analyse du droit primaire : **les articles 101 et 102 TFUE**, ensuite de continuer avec l'analyse du droit dérivé : **le règlement 1/2003**, un des fondements les plus importants de la régulation de la concurrence sur le marché interne, et **le règlement sur les concentrations** en vue de donner l'idée générale du droit européen de la concurrence avant de discuter son application aux entreprises des États tiers.

§ 1. Les articles 101 et 102 TFUE.

Les articles 101 et 102 TFUE (ex-articles 81 et 82 TCE) représentent l'esprit et l'essence du droit européen de la concurrence. Ainsi, l'analyse de ces normes est logique et incontournable et fondamentale pour la présente recherche.

I. L'article 101 TFUE.

24.1. Il est logique de commencer l'examen par l'article 101 TFUE et continuer après avec l'étude de l'article 102 TFUE.

A. Dispositions générales.

Il paraît utile de citer d'abord le texte de l'article en question, comme de multiples références à cette norme sont faites dans le cadre de la thèse.

Ainsi, l'article 101 TFUE (ex-article 81 TCE) dispose que :

« 1. Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à :

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,*
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,*
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,*
- d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,*

e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.

3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables:

- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,
- à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et
- à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées

qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans:

a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,

b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence ».

Selon une doctrine bien établie, **la structure de l'article 101 TFUE est ternaire** : premièrement, il interdit tout accord entre entreprises, décisions d'associations d'entreprises et pratiques concertées préjudiciables à la concurrence, deuxièmement, cette interdiction entraîne une nullité de plein droit, et troisièmement, un bilan économique positif permet de les exempter.¹⁸¹

Le paragraphe 1 de l'article 101 TFUE pose **le principe de prohibition des ententes** entre entreprises aux conditions qu'il définit. Néanmoins, cette prohibition n'est pas absolue : selon le paragraphe 3, un accord restrictif de concurrence peut faire objet d'une **exemption**, si les conditions nécessaires sont cumulativement réunies.

a). La notion de l' « entente » en droit européen de la concurrence.

24.1.1. Comme on utilise le terme d' « **ententes** » en tant qu'un de termes essentiels de la recherche, il sera utile de le définir. Tout d'abord il faut souligner que le paragraphe 1 de l'article 101 s'applique à tous les concours de volonté entre entreprises qui peuvent emprunter des formes multiples. Les parties peuvent ne pas donner à leur collusion une expression formelle. Le paragraphe 1 de l'article 101 distingue trois modes d'expression pour une entente : **les accords, les décisions d'associations d'entreprises et les pratiques concertées**.¹⁸²

¹⁸¹ *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*. Sous la direction de V. COSTANTINESCO, J.-P. JAQUE, R. KOVAR, D. SIMON. Economica. Paris, 1992, p.422- 423.

¹⁸² Voir Christian GAVALDA, Gilbert PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union Européenne*, 6^e édition, LexisNexis Litec, Paris, 2009, 583p.; voir aussi *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, sous la direction de François BRUNET et Guy CAVINET, L.G.D.J., Paris, 2008, pp.7-53.

Il est évident que les ententes sont interdites parce que le comportement des entreprises participantes n'est plus autonome, tandis que normalement sur le marché concurrentiel le comportement de chaque entreprise doit être commandé par des préoccupations économiques et stratégiques et non par les contraintes imposées expressément ou tacitement par les parties à l'entente, en vue d'éliminer la concurrence sur le marché concerné.¹⁸³

Toutefois, toutes les ententes ne sont pas appréhendées de la même manière par le droit européen de la concurrence. Il existe des **ententes verticales** qui résultent d'accords, de décisions d'association ou d'une simple pratique concertée entre entreprises qui ne situent pas au même niveau de la chaîne économique : une entente entre un concepteur, un producteur, et un distributeur d'un bien ou d'un service. Une telle intégration verticale, souple ou rigide, peut avoir pour objectif d'améliorer la qualité du produit ou du service en cause, sans nécessairement avoir un objet anticoncurrentiel. C'est la raison pour laquelle ces ententes bénéficient le plus souvent d'une **présomption de conformité** et ne tombent donc pas automatiquement sous le coup de l'article 101§1 TFUE.¹⁸⁴

Bien différent est le regard porté par la Commission européenne et la Cour de Justice sur les **ententes horizontales**, que l'on appelle aussi parfois des **cartels**. En effet, il s'agit ici d'ententes entre concurrents directs, c'est-à-dire qui se situent cette fois au même niveau de la chaîne économique, qui ont des produits ou des services similaires ou proches. Il n'est pas exclu, pourtant, que telles ententes puissent avoir pour objet d'améliorer la qualité des produits ou des services en cause, mais le plus souvent elles visent à répartir des marchés géographiques, à s'entendre sur les prix ou encore à limiter la diversité de l'offre. Lors du contrôle de pratiques concertées la Commission EU et la Cour de Justice ont pu évoquer aussi la possibilité de « cristalliser » des situations acquises au détriment de la libre circulation des produits et des services ou du libre choix des consommateurs¹⁸⁵. De telles ententes ont pour objet de rendre la concurrence moins directe, et donc plus supportable.

¹⁸³ Christophe MAUBERNARD, *Droit matériel de l'UE*, Ellipses, Paris, 2007, p.240.

¹⁸⁴ Ibidem ; voir aussi GAVALDA, Gilbert PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union Européenne, op.cit.*, et *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, op.cit., pp. 111-206. Voir la critique sur l'analyse économique chosie par la Commission applicable aux restriction vericales par Galf-Peter CALLIESS, Jens MERTENS, *Private Law and Competition Policy in the Global Economy*, Working Paper Series, 2 June 2009, University of Bremen. Accessible sur SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1413257>, voir aussi *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, op.cit., pp. 126-131.

¹⁸⁵ CJCE, 16.12.1975, *Suiker Unie e.a. c/ Commission*, Aff.jointes 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114-73, Rec. 1975 p. 01663.

C'est pourquoi les ententes horizontales, contrairement aux ententes verticales, font l'objet d'une **présomption de non-conformité** au droit européen de la concurrence.¹⁸⁶

b). *Les exemptions selon le droit européen de la concurrence.*

24.1.2. Comme mentionné auparavant, l'article 101, paragraphe 3 prévoit la possibilité d'une exemption de règles. Normalement, une telle exemption prend la forme d'un règlement. Ainsi, le **règlement d'exemption** est un règlement, arrêté par la Commission ou par le Conseil en application de l'article 101, paragraphe 3 TFUE, énonçant les conditions dans lesquelles certains types d'accords peuvent bénéficier d'une exemption à l'interdiction générale prévue par l'article 101, paragraphe 1 TFUE. Lorsqu'un accord remplit les conditions prévues dans un règlement d'exemption par catégorie, il n'est pas soumis à l'obligation de notification individuelle : il est automatiquement valide et exécutoire.¹⁸⁷ Il existe, par exemple, des **règlements d'exemption** par catégorie pour **les accords verticaux**¹⁸⁸, **les accords de recherche et de développement**¹⁸⁹, **les accords de spécialisation**¹⁹⁰, **les accords de transfert de technologie**¹⁹¹ et **les accords de distribution automobile**¹⁹².

Les *Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité CE* (article 101, paragraphe 3 TFUE) (aussi connues comme *Lignes directrices générales*) exposent l'interprétation que la Commission donne aux conditions de l'exception contenue dans cette norme. Elles fournissent des orientations sur la manière dont elle appliquera cette disposition dans des cas individuels. Bien que les lignes directrices ne soient pas

¹⁸⁶ Christophe MAUBERNARD, *Droit matériel de l'UE*, Ellipses, op.cit., p.240-241. Voir aussi *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, op.cit., pp.53-110.

¹⁸⁷ Voir, par exemple, *Glossary of Competition Terms*, Concurrences, http://www.concurrences.com/article.php3?id_article=12251, 12.12.2011.

¹⁸⁸ Règlement (UE) N° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JO L 129 du 28.5.2010*, p. 52-57.

¹⁸⁹ Règlement (CE) n° 2659/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de recherche et de développement, *JO L 304 du 5.12.2000*, p. 7-12.

¹⁹⁰ Règlement (CE) n° 2658/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de spécialisation, *JO L 304 du 5.12.2000*, p. 3-6.

¹⁹¹ Règlement (CE) n° 772/2004 de la Commission du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie, *JO L 123 du 27.4.2004*, p. 11-17.

¹⁹² Règlement (UE) n° 461/2010 de la Commission du 27 mai 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, *JO L 129 du 28.5.2010*, p. 52-57.

contraignantes pour les juridictions et les autorités des États membres, elles ont pour objet de leur fournir des orientations quant à l'application de la norme en question (article 101, paragraphe 3 TFUE).

Ainsi, l'appréciation au regard de l'article 101 s'effectue en deux étapes. La première consiste à examiner si un accord entre entreprises, qui est susceptible d'affecter le commerce entre les États membres, a un objet anticoncurrentiel ou des effets anticoncurrentiels réels ou potentiels¹⁹³. La seconde étape, qui n'a lieu d'être que s'il est avéré qu'un accord restreint le jeu de la concurrence, consiste à déterminer les effets pro-concurrentiels produits par cet accord et à voir si ces effets pro-concurrentiels l'emportent sur les effets anticoncurrentiels. La mise en œuvre des effets anticoncurrentiels et des effets pro-concurrentiels s'effectue exclusivement dans le cadre établi par l'article 101, paragraphe 3¹⁹⁴ (point 11).

Selon les *Lignes directrices*, pour apprécier si un accord doit être considéré comme altérant le jeu de la concurrence, il convient d'examiner le jeu de la concurrence dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord litigieux¹⁹⁵. Lors de cette appréciation, il est nécessaire de tenir compte de l'incidence éventuelle de l'accord sur la concurrence **intermarques** (c'est-à-dire la concurrence entre fournisseurs de marques concurrentes) et sur la concurrence **intramarque** (c'est-à-dire la concurrence entre distributeurs d'une même marque). L'article 101, paragraphe 1, interdit les restrictions tant de la concurrence intermarques que de la concurrence intramarque¹⁹⁶ (point 17).¹⁹⁷

En vue de déterminer si un accord, ou l'une de ses parties, est susceptible de restreindre la concurrence intermarques et/ou la concurrence intramarque, il est nécessaire d'examiner comment, et dans quelle mesure, cet accord affecte, ou est susceptible d'affecter, la concurrence sur le marché (point 18).

¹⁹³ L'article 101, paragraphe 1, interdit les effets anticoncurrentiels tant réels que potentiels. Voir, par exemple, CJCE, 28.05.1998, *John Deere*, Aff. C-7/95 P, Rec. 1998, p. I-3111, point 77 et CJCE, 23.11.2006, *Asnef-Equifax*, Aff. C-238/05, Rec. 2006, p. I-11125, point 50.

¹⁹⁴ Voir TPI, 23.10.2003, *Van den Bergh Foods*, Aff. T-65/98, Rec. 2003, p. II-4653, point 107; TPI, 18.09.2001, *Métropole télévision (M6) e.a. c/ Commission*, Aff. T-112/99, Rec. 2001, p. II-2459, point 74 ; TPI, 2.05.2006, *O2*, Aff. T-328/03, Rec. 2006, p. II-1231, points 69 et suivants, dans laquelle le Tribunal a considéré que la mise en balance des effets anticoncurrentiels et des effets pro-concurrentiels d'une restriction ne peut s'effectuer que dans le cadre précis de l'article 101, paragraphe 3.

¹⁹⁵ Voir TPI, 30.06.1966, *Société Technique Minière*, Aff. T-56/65, Rec. 1966, p.337, et point 76 de l'arrêt *John Deere*, *op.cit.*

¹⁹⁶ Voir CJCE, 10.06.1965, *Consten and Grundig*, Aff. jointes 56/64 et 58/66 Rec. 1966, p.429.

¹⁹⁷ Italiques sont à moi.

L'octroi de l'exemption au titre de l'article 101, paragraphe 3, est subordonné à **quatre conditions cumulatives**, dont **deux sont positives** et **deux sont négatives**:

- les accords doivent contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique,
- les utilisateurs doivent obtenir une partie équitable du profit qui en résulte,
- les restrictions doivent être indispensables pour atteindre ces objectifs,
- l'accord ne doit pas donner aux entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Comme le soulignent les *Lignes directrices*, lorsque ces quatre conditions sont remplies, l'accord renforce la concurrence sur le marché en cause, car il incite les entreprises concernées à proposer aux consommateurs des produits moins chers ou de meilleure qualité, dédommageant ainsi ces derniers des effets défavorables des restrictions du jeu de la concurrence (point 34).

Deux récentes *Lignes directrices*¹⁹⁸ ont éclairé spécifiquement les questions concernant l'applicabilité de l'article 101 TFUE aux *accords de coopération horizontale* et aux *restrictions verticales*.¹⁹⁹

Ainsi, il conviendra de commencer l'analyse par les *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 TFUE aux accords de coopération horizontale*, et ensuite examiner des *Lignes directrices sur les restrictions verticales*.

c). *Les accords de la coopération horizontale en droit européen de la concurrence.*

24.1.3. Selon les *Lignes directrices concernant la coopération horizontale*, l'appréciation au regard de l'article 101 s'effectue en deux étapes comme prévu dans les *Lignes directrices générales* (point 11). Si une restriction de la concurrence n'est pas

¹⁹⁸ Communication de la Commission, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'UE aux accords de coopération horizontale, 2011/C 11/01 ; Communication de la Commission, Lignes directrices sur les restrictions verticales, 2010/C 130/01.

¹⁹⁹ Voir aussi *Competition Law: European Community Practice and Procedure. Article-by-article Commentary*, 1st edition, general editors Günter HIRSH, Frank MONTAG, Franz Jürgen SACKER, Sweet&Maxwell, London, 2008, pp. 281-379; Renato NAZZINI, *Article 81 EC Between Time Present and Time Past: A Normative Critique of "Restriction of Competition" in EU Law*, *Common Market Law Review* 43, 2006, pp.497-536; Sur l'histoire de cartels en Europe voir Lorenzo Federico PACE, *European Antitrust Law – Prohibitions, Merger Control and Procedures*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK, 2007, pp.3-30; Sur le développement d'abus de positions dominantes voir A. MARCHINI-CAMIA, *La concentration industrielle, les positions dominantes sur le marché et le droit antitrust: l'expérience américaine et les problèmes européens*, RTDE, 1971, pp. 353-422.

compensée par des effets favorables à la concurrence, l'article 101, paragraphe 2, dispose que l'accord est alors nul de plein droit (point 20).²⁰⁰

Les *Lignes directrices sur la coopération* horizontale définissent les restrictions de la concurrence par objet et les effets restrictifs sur la concurrence. Ainsi, selon les Lignes directrices, **les restrictions de la concurrence par objet** sont celles qui, par nature, sont susceptibles de restreindre le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1²⁰¹. Il n'est pas nécessaire d'examiner les effets réels ou potentiels d'un accord sur le marché dès lors que son objet anticoncurrentiel a été établi²⁰² (point 24).²⁰³

Selon la jurisprudence constante de la Cour de Justice, pour déterminer si un accord a un objet anticoncurrentiel, il convient de s'attacher à la teneur de ses dispositions, aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère. En outre, bien que l'intention des parties ne constitue pas un élément nécessaire pour déterminer si un accord a un objet anticoncurrentiel, rien n'interdit à la Commission d'en tenir compte dans son analyse²⁰⁴ (point 25).

Si un accord de coopération horizontale ne restreint pas le jeu de la concurrence par objet, il convient d'examiner s'il a des effets restrictifs sensibles sur la concurrence. Comme le souligne plusieurs fois la Commission dans ses Lignes directrices, il faut tenir compte tant des effets réels que potentiels. Autrement dit, l'accord doit au moins être susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels (point 26).

Pour qu'un accord ait des **effets restrictifs sur la concurrence** au sens de l'article 101, paragraphe 1, il doit avoir, ou être susceptible d'avoir, une incidence défavorable sensible sur au moins un des **paramètres de la concurrence sur le marché**, tels que **le prix, la production, la qualité** ou **la diversité des produits**, ou **l'innovation**. Les accords sont susceptibles d'avoir de tels effets lorsqu'ils diminuent sensiblement le jeu de la concurrence soit entre les parties à l'accord, soit entre l'une quelconque de ces parties et des tiers. Cela

²⁰⁰ Les italiques sont à moi.

²⁰¹ Voir, par exemple, CJCE, 20.11.2008, *BIDS*, Aff. C-209/07, Rec. 2008, p. I-8637, point 17.

²⁰² Voir, par exemple, CJCE, 6.10.2009, *GlaxoSmithKline e.a.*, Aff. jointes C-501/06 P, Rec. 2009 p. I-09291, point 55 ; *BIDS*, *op.cit.*, point 16 ; CJCE, 4.06.2009, *T-Mobile Netherlands*, Aff. C-8/08 P, Rec. 2009, p. I-4529, points 29 et suivants ; *John Deere*, *op.cit.*, point 77.

²⁰³ Les italiques sont à moi. Voir aussi points 19-24 de *Lignes directrices générales*.

²⁰⁴ Voir, par exemple, *GlaxoSmithKline*, *op.cit.*, point 58 ; *BIDS*, *op.cit.*, point 15 et suivants.

signifie que l'accord doit avoir pour effet de réduire l'autonomie décisionnelle des parties²⁰⁵, soit du fait des obligations contenues dans l'accord qui régissent le comportement sur le marché d'au moins une des parties, soit en influant sur le comportement sur le marché d'au moins une des parties en modifiant ses incitations (point 27)²⁰⁶.

Pour apprécier si un accord de coopération horizontale a des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, il convient de comparer le contexte économique et juridique réel dans lequel la concurrence interviendrait en l'absence de l'accord, avec toutes ses restrictions alléguées du jeu de la concurrence (c'est à dire en l'absence de l'accord tel qu'il est (s'il a déjà été mis en œuvre) ou tel qu'il est envisagé (s'il n'est pas encore mis en œuvre) au moment de l'évaluation). Aussi est-il nécessaire pour prouver les effets restrictifs potentiels ou réels d'un accord sur la concurrence de prendre en compte la concurrence entre les parties et la concurrence des tiers, en particulier la concurrence réelle ou potentielle qui aurait existé en l'absence de l'accord. Cette comparaison ne tient pas compte des gains d'efficacité potentiels générés par l'accord puisque ceux-ci ne sont évalués qu'au regard de l'article 101, paragraphe 3 (point 29).

Ainsi, les accords de coopération horizontale entre des concurrents qui, sur la base d'éléments objectifs, ne seraient pas en mesure de réaliser seuls le projet ou l'activité couvert par la coopération, par exemple en raison de compétences techniques limitées des parties, n'ont normalement pas d'effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, sauf si les parties auraient pu réaliser le projet avec des restrictions moins sévères (point 30).

Les accords de coopération horizontale peuvent limiter le jeu de la concurrence de plusieurs manières. Les Lignes directrices donnent les exemples suivants :

- l'accord peut être **exclusif** en ce sens qu'il limite la possibilité des parties de se concurrencer ou de concurrencer des tiers en tant qu'opérateurs économiques indépendants ou en tant que parties à d'autres accords concurrents;
- l'accord peut obliger les parties à **apporter des actifs** tels que leur **autonomie décisionnelle** en est **réduite** de manière appréciable; ou

²⁰⁵ Voir affaire C-7/95 P, *John Deere*, *op.cit.*, point 88 ; affaire C-238/05, *Asnef-Equifax*, *op.cit.*, point 51.

²⁰⁶ Les italiques sont à moi.

— l'accord peut affecter les *intérêts financiers* des parties de telle manière que leur *autonomie décisionnelle* est sensiblement *réduite*. Les intérêts financiers dans l'accord mais aussi les intérêts financiers dans d'autres parties à l'accord sont pertinents aux fins de l'appréciation (point 33).²⁰⁷

Un accord de coopération horizontale peut aussi:

— entraîner *la révélation d'informations stratégiques* et accroître ainsi la probabilité d'une coordination entre les parties à l'intérieur ou à l'extérieur du domaine de la coopération;

— réaliser un partage des coûts important (c'est-à-dire la proportion de coûts variables que les parties ont en commun), de sorte que les parties peuvent plus facilement *coordonner leurs prix* sur le marché et *leur production* (point 35).²⁰⁸

L'octroi de l'exemption aux accords de coopération horizontale au titre de l'article 101, paragraphe 3, est subordonné aussi à *quatre conditions cumulatives*, dont *deux sont positives* et *deux sont négatives*:

— l'accord doit contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, c'est-à-dire entraîner des gains d'efficacité;

— les restrictions doivent être indispensables pour atteindre ces objectifs, à savoir les gains d'efficacité;

— les consommateurs doivent recevoir une partie équitable du profit qui en résulte; en d'autres termes, les gains d'efficacité, y compris d'ordre qualitatif, réalisés au moyen des restrictions indispensables doivent être répercutés de manière suffisante sur les consommateurs, de façon à au moins dédommager ceux-ci des effets restrictifs de l'accord. De ce fait, les gains d'efficacité qui ne profitent qu'aux parties à l'accord sont insuffisants. Aux fins des *Lignes directrices sur la coopération horizontale*, la notion de «consommateurs» englobe les clients, existants et/ou potentiels, des parties à l'accord; et

— l'accord ne doit pas donner la possibilité aux parties d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause (point 49).

Les Lignes directrices sur la coopération horizontale donnent aussi les principes généraux de l'appréciation des échanges d'information sous l'angle de la concurrence, aussi

²⁰⁷ Les italiques sont à moi.

²⁰⁸ Les italiques sont à moi.

elles examinent séparément les accords de recherche et de développement, les accords de production, les accords d'achat, les accords de commercialisation et les accords de normalisation.

d). Les restrictions verticales en droit européen de la concurrence.

24.1.4. Les Lignes directrices sur les restrictions verticales exposent les principes sur lesquels se fonde l'appréciation des accords verticaux au regard de l'article 101 TFUE, du Règlement n° 330/2010 de la Commission du 10 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3 TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (« Règlement d'exemption par catégorie ») définit la notion d' « accord vertical » (voir les points 24 à 46). Comme le soulignent les Lignes directrices, elle ne préjugent pas d'une possible application parallèle de l'article 102 TFUE aux accords verticaux (point 1).

Pour la plupart des restrictions verticales, les problèmes de concurrence ne se posent que lorsque la concurrence est insuffisante à un ou plusieurs stades du commerce, c'est-à-dire lorsqu'il existe un certain pouvoir de marché au niveau du fournisseur, à celui de l'acheteur ou à ces deux niveaux. Les restrictions verticales sont généralement moins préjudiciables que les restrictions horizontales et elles peuvent permettre de réaliser de gains d'efficacité substantiels (point 6).

Les Lignes directrices classifient les accords verticaux comme ceux-ci qui ne relèvent généralement pas de l'article 101, paragraphe 1 TFUE et ceux-ci qui entrent dans le champ d'application du Règlement d'exemption par catégorie. Dans le premier groupe se trouvent les « **accords d'importance mineure et petites et moyennes entreprises** », les « **contrats d'agence** » et les « **accords de sous-traitance** ». Dans le deuxième groupe on trouve la **définition des accords verticaux** en général, **les accords verticaux entre les concurrents**, les **associations de détaillants**, les **accords verticaux contenant les dispositions relatives aux droits de la propriété intellectuelle**.

B. L'application de l'article 101 TFUE aux entreprises non-européennes.

24.2. Comme on l’a bien vu après l’analyse de la jurisprudence sur la théorie de l’effet, l’article 101 TFUE est tout à fait applicable aux entreprises des États tiers (voir les exemples récents analysés, notamment les affaires *Gazprom*).

On a aussi analysé les affaires *Boeing* et *GE/Honeywell*, à l’occasion desquelles la Commission et le Tribunal ont appliqué cet article pour interdire les fusions pouvant, selon eux, restreindre la concurrence.

Cependant, on voudrait souligner encore une fois que les deux opérations avaient été approuvées par les autorités américaines, tandis que la Commission européenne les a interdit. Ainsi, pour les deux entreprises américaines voulant mettre en place une fusion sur le marché américain, la situation où une opération est interdite par la Commission européenne, après avoir été approuvée par les autorités américaines, est sans doute assez surprenante.

Ainsi, les entreprises non-européennes, qui peuvent devenir les sujets du droit européen de la concurrence²⁰⁹, doivent connaître l’article 101 TFUE et la respecter.

Ils sont aussi obligé de connaître *Les Lignes directrices de la Commission* et les autres normes du droit européen liés à l’application de l’article 101 TFUE, en vue de savoir, comme les entreprises européennes qui sont soumises aux mêmes règles, qu’est-ce qu’on comprends en droit européen comme une entente.

Tel approche peut paraître logique, comme on impose les mêmes obligations aux toutes les entreprises du monde affectant le marché européen. Pourtant, il est évident qu’il est plus facile, plus naturel, pour les entreprises installées sur le territoire de l’UE de connaître les normes du droit européen, que pour les entreprises en dehors de l’UE. Cependant, l’obligation de connaître et respecter toutes les normes pertinentes du droit européen de la concurrence reste une obligation pour toutes les entreprises des États tiers.

Ainsi, après analysé l’article 101 TFUE, on passe à l’analyse de deuxième norme la plus importante du droit européen de la concurrence : l’article 102 TFUE.

I. L’article 102 TFUE.

²⁰⁹ Voir l’analyse de la théorie de l’effet et la responsabilité parentale.

En suivant l'exemple de l'examen de l'article 101 TFUE on présente d'abord les dispositions générales et on continue après avec l'analyse de l'application de l'article 102 TFUE spécifiquement aux entreprises des États tiers.

A. Dispositions générales.

24.3. Comme dans le paragraphe précédent, il paraît utile de citer directement le texte de l'article avant d'aborder l'analyse en soi. L'article 102 TFUE (ex-article 82 TCE) stipule que :

« Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables,*
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,*
- c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,*
- d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».*

a). La position dominante et l'abus de la position dominante selon le droit européen de la concurrence.

24.3.1. Il est possible de définir **la position dominante** comme la situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle à la concurrence sur un marché.²¹⁰

Il est nécessaire de souligner que la domination sur le marché n'est pas en soi sanctionnable. Seul **l'abus de la position dominante** est interdit, c'est-à-dire quand l'entreprise empêche vraiment la concurrence en profitant de sa position dominante et utilisant telle position pour éliminer ses concurrents.

Il faut aussi mentionner, qu'une position dominante peut être acquise par une seule ou par plusieurs entreprises, et dans ce dernier cas il s'agira d'une **position dominante collective**. Une position dominante est qualifiée de collective si chacun des membres de

²¹⁰ Voir Christian GAVALDA, Gilbert PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union Européenne*, 6^e édition, LexisNexis Litec, Paris, 2009, 583p.

l'oligopole connaît le comportement des autres membres, si leur coordination a un caractère durable et, enfin, si le comportement des concurrents ou des consommateurs ne remet pas en cause cette coordination²¹¹. C'est seulement dans l'hypothèse où le comportement des entreprises a pour objet ou pour effet d'entraver l'accès au marché dans une partie significative du marché intérieur, que l'on pourra considérer que celles-ci exploiteront de manière abusive leur position dominante^{212 213}.

Comme on l'a souligné plusieurs fois, l'article 102 TFUE interdit seulement l'exploitation abusive d'une position dominante et mentionne à cet effet une liste non exhaustive de situations susceptibles de relever de l'interdiction²¹⁴. Cette solution est fondée sur le principe selon lequel le jeu de la concurrence peut aboutir, dans certaines circonstances, à l'élimination progressive des concurrents au profit d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises qui aura su, mieux que les autres, se développer sur le marché concerné. Au-delà, subsisterait seulement une situation de monopole ou de quasi-monopole qui ne relève pas directement de la notion de position dominante puisque toute concurrence a désormais disparue^{215 216}.

Dans ces conditions, le droit européen de la concurrence s'intéresse moins aux fins recherchées par les entreprises qu'aux moyens qu'elles mettent en œuvre pour y parvenir. En d'autres termes, il faut établir si l'exploitation d'une position dominante entraîne à sa suite un abus.

b). Les priorités de la Commission pour l'application de l'article 102 TFUE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes.

24.3.2. Les Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes soulignent que, conformément à la jurisprudence, il n'est pas illégal en soi pour

²¹¹ TPI, 26.01.2005, *L.Piau*, Aff. T-193/02, Rec. 2005 p. II-00209.

²¹² CJCE, 21.02.1973, *Europemballage et Continental Can*, Aff. 6-72, Rec. 1973 p. 00215; voir aussi Jean BOULOUIS, Roger-Michel CHEVALLIER, Daniel FASQUELLE, Mark BLANQUET, *Les grands arrêts de la jurisprudence communautaire*, Tome 2. Droit communautaire des affaires. Marché intérieur. Politiques communautaires. 5^e édition. Dalloz, Paris. 2002, pp.310-325, surtout pp. 319-321.

²¹³ Christophe MAUBERNARD, *Droit matériel de l'UE*, Ellipses, Paris, 2007, p.259.

²¹⁴ TPI, 30.01.2007, *France Telecom*, Aff. T-340/03, Rec. 2007 p. II-00107.

²¹⁵ 13.02.1979, *Hoffman-La Roche*, Aff. 85/76, Rec. 1979 p. 00461; TPI, 22.11.2001, *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato*, Aff. T-139/98, Rec. 2001 p. I-08089.

²¹⁶ Christophe MAUBERNARD, *Droit matériel de l'UE*, Ellipses, Paris, 2007, p.260.

une entreprise d'occuper une position dominante et cette entreprise dominante peut participer au jeu de la concurrence par ses mérites. Pourtant, il lui incombe une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte, par son comportement, à une concurrence effective et non faussée dans le marché européen (point 1).

Toutefois, il faut noter que *les Orientations aux pratiques d'évictions abusives* visent seulement les abus commis par les entreprises occupant une position dominante individuelle et pas collective (point 4). Cependant, comme dans le cas de l'analyse de l'article 101 TFUE, les entreprises des États tiers doivent être familières avec les exigences de l'article 102 TFUE et les autres dispositions du droit européen de la concurrence concernant l'application cet article (comme, par exemple, *les Orientations aux pratiques d'évictions abusives*).

Conséquemment, on passe à l'examen de l'application de l'article 102 TFUE aux entreprises des États tiers.

B. L'application de l'article 102 TFUE aux entreprises des États tiers.

24.4. Ainsi que mentionné plus haut, l'article 102 TFUE est applicable aux entreprises des États tiers. L'exemple de l'application de l'article 102 TFUE ayant une dimension mondiale est l'affaire *Microsoft*²¹⁷, qui sera analysé de manière approfondie ultérieurement (dans le cadre de l'analyse des relations entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence, voir paragraphes 73 et s.) et dans le cadre de la discussion concernant la place des normes du droit de l'OMC dans l'ordre juridique européen (voir paragraphes 91 et s.). Toutefois, déjà maintenant, on peut constater l'application extraterritoriale de l'article 102 TFUE.

Dans ce cas (*Microsoft*) on observe que la position dominante ou l'abus de ladite position se produit ou peut se produire sur le territoire américain ; pourtant, cette entreprise multinationale vend aussi ses produits sur le marché européen, ainsi, elle l'affecte, et par conséquent, la Commission européenne applique le droit européen de la concurrence en vue de protéger le marché européen et les consommateurs.

²¹⁷ TPI, 17.09.2007, *Microsoft Corp. c/ Commission*, T-201/04, 17.09.2007, Rec. 2007 p. II-03601.

Il est évident que plusieurs points de vue différents (celui de la Commission et celui de l'autorité nationale de la concurrence d'un État tiers) peuvent provoquer plusieurs problèmes aux entreprises multinationales. Toutefois, il faut souligner, que si dans le cas d'une entente il n'est pas toujours possible de prévoir les effets négatifs, l'abus de la position dominante est impossible sans l'intention.

Cependant, après avoir analysé deux normes essentielles du droit européen de la concurrence contenues dans le TFUE, on passe à l'examen du droit dérivé ayant l'importance pour les entreprises des États tiers. Ainsi, le règlement le plus important au sein du droit européen de la concurrence est le règlement 1/2003, il est inévitable de l'examiner en vue de comprendre le droit européen de la concurrence.

§ 2. Le règlement 1/2003.

25. La réforme du droit européen. L'innovation issue du règlement 1/2003 constitue une des réformes fondamentales du droit européen contemporain. Le régime ancien fondé sur le règlement 17²¹⁸ était un régime centralisé qui ne permettait pas à la Commission européenne de se concentrer sur les infractions du droit européen de la concurrence les plus graves. Tout reposait sur la notification de leur accord par les entreprises à la Commission, dans le but d'obtenir d'elle une décision d'exemption individuelle. La Commission avait d'ailleurs une compétence exclusive pour appliquer l'article 81 §3 TCE (101 §3 TFUE).²¹⁹ Le nouveau régime du règlement 1/2003 est un régime d'exception légale, c'est-à-dire qu'il repose sur l'auto-évaluation de leur accord par les entreprises, qui pourront soit être sanctionnées *a posteriori* s'il y a lieu, soit ne pas l'être parce qu'elles seront considérées *a posteriori* comme remplissant les conditions de l'exception légale.²²⁰

Par ailleurs, ce nouveau régime emporte avec lui une décentralisation du droit européen de la concurrence, puisque la Commission n'est plus exclusivement compétente

²¹⁸ Règlement (CEE) n° 17 du Conseil: Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, JO n° 013 du 21.02.1962.

²¹⁹ *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, sous la direction de François BRUNET et Guy CAVINET, L.G.D.J., Paris, 2008, p.443.

²²⁰ Ibidem.

pour l'appliquer les articles 101 et 102 TFUE.²²¹ Le nouveau régime prévoit aussi la création d'un réseau en vue de coordonner le travail des autorités de concurrence des États membres et la Commission européenne.

26. Le Réseau européen de concurrence (REC) - The European Competition Network (ECN) a été établi en tant que le forum de discussion et de coopération des autorités de la concurrence d'États membres dans les cas où les articles 101 et 102 TFUE sont appliqués. Elle doit assurer une répartition efficace du travail et une application efficace et cohérente des règles européennes de la concurrence. La Commission européenne et les autorités de la concurrence des États membres de l'UE coopèrent les uns avec les autres grâce au REC en s'informant mutuellement des nouvelles affaires et décisions dont l'exécution est envisagée, par la coordination des enquêtes le cas échéant, et également en fournissant une aide mutuelle au moyen d'enquêtes, en échangeant de preuves et d'autres informations, et, finalement, en discutant de diverses questions d'intérêt commun.²²² Dans le cadre de la présente thèse le travail du REC sera examiné plus en détails dans le chapitre sur le principe « *non bis in idem* ».

27. L'affectation du commerce entre les États membres. Comme noté ci-dessus, grâce au Règlement 1/2003, les autorités nationales peuvent appliquer directement le droit européen de la concurrence, mais il ne faut pas oublier non plus qu'elles peuvent appliquer le droit national de la concurrence. Toutefois, tout dépend de l'existence **d'une affectation du marché européen**, que les entreprises doivent apprécier dès le départ pour savoir quel droit s'appliquera à leur pratique. Si le commerce européen n'est pas affecté, seul le droit national des États membres s'appliquera. Si l'affectation du commerce européen existe, les rôles respectifs des droits nationaux et des articles 101 et 102 TFUE seront un peu plus complexes.²²³

Ainsi, par exemple, si une entente n'affecte que le marché français et n'a aucun impact sur le commerce entre les États membres, elle ne relève que du droit français de la concurrence (et donc de la compétence des autorités françaises). En revanche, si elle affecte les échanges entre les États membres, elle affecte en même temps le marché français. Dans ce dernier cas, deux droits ont vocation à régir une seule situation. Néanmoins, il faut

²²¹ Voir aussi Règlement N° 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et de du TCE, JO L 123 du 27.4.2004, p.18

²²² http://ec.europa.eu/competition/ecn/more_details.html , 10.08.2011.

²²³ *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, sous la direction de François BRUNET et Guy CAVINET, *op.cit.*, pp. 446-447.

souligner que le droit européen de la concurrence bénéficie de la primauté, mais il n'a de primauté que dans son champ d'application naturel, qui est le commerce entre les États membres.²²⁴

Selon la Cour de justice, qui a exprimé sa position dans l'arrêt du 13 février 1969 *Walt Wilhelm et autres c/ Bundeskartellamt*, tant qu'un règlement adopté en vertu de l'article 87, paragraphe 2, e, du traité CEE (devenu article 83 du traité CE) en matière de droit de la concurrence n'en a pas disposé autrement, les autorités nationales peuvent intervenir contre une entente, en application de leur loi interne, même lorsque l'examen de la position de cette entente à l'égard des règles européennes est pendante devant la Commission, sous réserve, cependant, que cette mise en œuvre du droit national ne puisse porter préjudice à l'application pleine et uniforme du droit européen et à l'effet des actes d'exécution de celui-ci.²²⁵ On reviendra encore quelques fois à l'examen de cet arrêt dans le cadre de la présente recherche.

§ 3. Les autres règlements réglant la concurrence sur le marché européen.

28. La réglementation des concentrations. Un autre règlement très important pour les entreprises des États tiers susceptibles d'affecter le marché interne est le **Règlement sur les concentrations**.²²⁶ Comme les normes analysées auparavant, ce règlement est applicable aux entreprises des États tiers. On a déjà analysé les affaires *Boeing* et *GE/Honeywell*, qui sont des exemples d'exercice de la Commission du contrôle sur les concentrations. A ce stade de l'analyse, on présente un autre exemple, un peu plus récent, de l'application du Règlement sur les concentrations aux entreprises des États tiers – l'arrêt *Sony BMG (Impala)*.

Le 10 juillet 2008, la Cour de Justice a annulé l'arrêt du Tribunal relatif à la décision de la Commission d'autoriser la création d'une entreprise commune regroupant les activités de *Sony* (siège social à New-York, États-Unis) et *Bertelsmann* (siège social en Allemagne) dans le

²²⁴ Voir Christian GAVALDA, Gilbert PARLEANI, *Droit des affaires de l'UE*, 6^e édition, LexisNexis Litec, Paris, 2009, 583 p.

²²⁵ http://www.ena.lu/arret_cour_justice_walt_wilhelm_autres_bundeskartellamt_affaire_14_68_fevrier_1969-010007027.html. Voir aussi Jean BOULOUIS, Roger-Michel CHEVALLIER, Daniel FASQUELLE, Mark BLANQUET, *Les grands arrêts de la jurisprudence communautaire*, Tome 2. Droit communautaire des affaires. Marché intérieur. Politiques communautaires. 5^e édition. Dalloz, Paris. 2002, pp.400-406. Voir aussi le Chapitre 1 du Titre II de la thèse.

²²⁶ Règlement (CE) No 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises. Voir Christian GAVALDA, Gilbert PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union Européenne*, *op.cit.*

domaine de la musique enregistrée. On rappelle que le 19 juillet 2004 la Commission avait autorisé la création de l'entreprise commune américano-allemande *Sony BMG* combinant les activités de *Sony* et *Bertelsmann* dans le domaine de la musique enregistrée.²²⁷ A la suite d'un recours introduit par Impala, une association de labels indépendants (établie à Bruxelles, Belgique), le Tribunal avait annulé la décision d'autorisation de la Commission au motif que celle-ci n'avait pas suffisamment démontré l'absence de risque de renforcement d'une telle position du fait de la concentration.²²⁸ La Cour de Justice en annulant la décision du Tribunal a renvoyé l'affaire devant le Tribunal, toutefois, le Tribunal a prononcé un non-lieu à statuer.

L'arrêt de la Cour apporte plusieurs éclaircissements par rapport à l'appréciation quant au fond de la position dominante collective et, de manière générale, au processus de réforme du système de contrôle des concentrations de la Commission. Tout d'abord, il précise clairement que les exigences de preuve ne sont pas plus élevées en matière de décisions interdisant des opérations de concentration qu'en matière de décisions autorisant de telles opérations. Ainsi, la norme relative aux preuves pour l'interdiction des concentrations doit être la même que celle appliquée pour leur validation.²²⁹

Il est intéressant de remarquer que, comme il est noté dans la décision de la Cour, la Commission a analysé le regroupement des activités mondiales en matière de musique enregistrée de ces deux sociétés et non seulement de ces activités européennes (point 11).

Il paraît tout à fait logique que, comme l'une des sociétés est une société allemande d'importance mondiale, la Commission européenne analyse une telle concentration. Pourtant, on aimerait souligner que l'activité analysée avait une dimension mondiale et non seulement locale (européenne), ce que montre encore une fois qu'une grande partie des entreprises affectant le marché européen sont les entreprises de dimension mondiale et le marché analysé est, en dernière analyse, le marché mondial, tandis que il n'existe toujours pas de mécanisme de coopération internationale dans le domaine de la concurrence internationale.

Cependant, après avoir les normes essentielles du droit européen de la concurrence aux entreprises des Etats tiers on arrive à la section finale de ce chapitre : la section

²²⁷ Voir Jean-François BELLIS, Charlotte NASSOGNE, *L'application du règlement sur le contrôle des concentrations (1^{er} janvier – 30 juin 2009)*, Journal du Droit Européen, 2009, 214-220pp.

²²⁸ Voir aussi TPI, 6.07.2002, *Airtours c/ Commission*, T-342/99, Rec. 2002, p. II-2582.

²²⁹ Voir Document de travail des services de la Commission accompagnant le Rapport de la Commission sur la politique de concurrence 2008 [COM(2009)374], Bruxelles, 23.7.2009, SEC(2009)1004 final.

consacrée aux critères d'application du droit européen de la concurrence élaborée par les institutions européennes (la Commission, le Tribunal et la Cour de Justice).

Section 5. Les critères d'application du droit européen de la concurrence élaborés par les institutions européennes.

Ainsi, dans le cadre de cette section les conditions et les critères d'application du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers élaborées par la Cour de Justice, le Tribunal et la Commission seront examinés attentivement. Ainsi, la section est divisée en trois paragraphes, chacune analysant une condition d'application du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers.

§ 1. La règle de raison.

31. En appliquant le *Sherman Act* les tribunaux américains ont développé le concept de ***règle de raison (rule of reason)***, qui est appliqué, d'une manière ou d'une autre, presque partout dans le monde, y compris en Europe. La règle de raison consiste à effectuer le bilan concurrentiel d'une entente, ou d'un type d'accord. Lorsque le bilan est globalement positif, les restrictions qui peuvent apparaître accessoires se trouvent alors légitimisées.²³⁰

« L'appréciation concrète des effets restrictifs d'une entente sur la concurrence fait songer de prime abord à un « ***bilan concurrentiel*** ». Il semble s'agir d'apprécier globalement les effets positifs et négatifs de l'entente, pour mettre en évidence un solde qui serait l'accentuation ou l'atténuation de la concurrence. Des clauses restrictives pourraient alors être validées, comme étant en définitive des « ***restrictions accessoires*** » à l'entente, et à son éventuel effet bénéfique.

Il est vrai que les autorités EU ont considéré que, sur certains marchés, des types de contrats pouvaient être *à priori* facteurs de concurrence et que cela pouvait justifier de traiter ensemble les obligations essentielles des parties, et les clauses étaient nécessaires pour que l'accord produise ses effets bénéfiques sur la concurrence (par exemple, clauses de protection du savoir-faire dans la franchise ; l'idée est que, si on ne protégeait pas le secret

²³⁰ Voir Christian GAVALDA, Gilbert PARLEANI, *Droit des affaires de l'UE*, LexisNexis, Paris, 2009, 583p.

du savoir-faire, on annihilerait l'effet favorable à la concurrence résultant de l'apparition d'une nouvelle franchise, car cet effet favorable à la concurrence provient notamment du caractère secret et original d'une nouvelle méthode commerciale ; il en va de même des clauses destinées à protéger les droits de propriété industrielle dans les licences de marque ou de brevet). Des exemples jurisprudentiels célèbres ont concernés certains contrats de distribution sélective sur le marché électronique de divertissement²³¹, des contrats de franchise²³² ou encore des contrats de licence de brevet²³³. La théorie des « restrictions accessoires » s'est alors affermie en droit EU.

On a pu établir un parallèle entre cette démarche européenne et la règle de raison, telle qu'elle est appliquée dans le droit antitrust américain. Mais, en droit américain, la règle de raison s'explique surtout par la brutalité apparente des interdictions édictées dans le *Sherman Act* et dans le *Clayton Act*. Le critère unique de ces textes est celui de restriction des échanges, ou d'affectation de la concurrence. Il a fallu, pour appliquer les dispositions américaines de façon efficace et raisonnable, se livrer à l'analyse de l'intérieur de ces concepts. Cela explique que le bilan concurrentiel américain épuise toute la discussion sur l'application des textes, et cela explique l'idée d'une conception raisonnable du bilan concurrentiel.

L'architecture de l'article 101, de 60 ans plus tardif, s'oppose en apparence à une transition pure et simple de la méthode américaine. L'article 101 contient certes un §1 qui semblent de reprendre le concept américain de restriction de concurrence, mais il se poursuit par le §3 qui permet de sauver des restrictions de concurrence apparentes par les gains d'efficacité. On pourrait certes comprendre ce §3 comme s'il s'agissait de racheter une entente nocive par des considérations qui n'ont rien à voir avec la concurrence, et qui ne sont relatives qu'au « progrès économique ». Mais comment est-il possible de distinguer le progrès de la concurrence ? Le bilan économique du §3 est un bilan d'efficacité économique, et donc un bilan qui intègre ce qui par essence facteur de concurrence. On ne peut donc dire que l'architecture de l'article 101 conduirait à intégrer dans le « bilan concurrentiel » du §1 tous les aspects pro ou anti-concurrentiels de l'entente, et, dans le bilan économique, tous

²³¹ CJCE, 25.10.1977, *Metro-SB c/ Commission*, Aff. 26-76, Rec.1977 p. 01875 et CJCE, 26.10.1986, *Metro-SB c/ Commission*, Aff. 75/84, Rec. 1986 p. 03021.

²³² CJCE, 28.10.1986, *Pronuptia GmbH c/ Schillgallis*, Aff. C 161/84, Rec. 1986 p. 00353.

²³³ CJCE, 8.06.1982, *Nungesser et Eisele c/ Commission*, Aff. C 258/87, Rec. 1982 p. 02015.

les aspects pro ou anti-progrès. L'ensemble touche à la concurrence. C'est la conclusion à laquelle est parvenue le Tribunal dans son important arrêt *M6* du 18 septembre 2001²³⁴.

Cette solution a été confirmée deux années plus tard avec l'arrêt *van der Bergh*²³⁵. Elle a été reprise dans les *Lignes directrices de la Commission du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81 (101) paragraphe 3*, dans lesquelles on peut lire « *que la mise en balance des effets anticoncurrentiels et des effets proconcurrentiels s'effectue exclusivement dans le cadre établi par l'article 81 (101) §3* » (points 11 et 30).

Une évolution, certes procédurale, s'est opérée avec l'entrée en vigueur du Règlement 1/2003, et la fin de la compétence exclusive de la Commission pour appliquer l'article 101§3. La décentralisation de l'application de ce texte ne porte-t-elle pas en germe une globalisation de l'analyse conduite sur la base de l'article 101 ? Ne peut-on relever qu'en définitive, beaucoup d'éléments d'une « règle de raisons » sont contenus au §3 ? Mais ce sera une règle de raison européen, qui reposera sur la mise en œuvre successive des §1 et 3 de l'article 101, car l'art 101§3 doit conserver son effet utile. Or il conduit à un bilan d'efficacité économique (objectifs de progrès) quelque peu éloigné de la perspective américaine, laquelle privilégie plutôt un bilan étroitement concurrentiel.²³⁶

§ 2. Le marché pertinent.

32. Le marché pertinent peut se définir comme celui au sein duquel une entente ou un abus de position dominante produisent leurs effets anticoncurrentiels. Une même entreprise peut en effet agir sur plusieurs marchés de référence ; de manière identique une catégorie de biens ou de services peut relever en réalité de plusieurs marchés pertinents. Par exemple, une entreprise peut vendre des véhicules de tourisme et utilitaires ; un véhicule de tourisme peut être de qualité médiocre ou de grand luxe.²³⁷

La délimitation du marché pertinent joue un rôle primordial dans le cadre de l'abus de position dominante, que l'abus résulte du comportement d'une ou plusieurs entreprises, d'une entente ou d'une opération de concentration. En effet, avant même de savoir si le

²³⁴ TPI, 18.09.2001, *M6, Suez-Lyonnaise et TF1 c/ Commission*, Aff. T 112/99, Rec. 2001 p. II-02459.

²³⁵ TPI, 23.10.03, *Van den Bergh Foods*, Aff. T-65/98, Rec. 2003 p. II-04653.

²³⁶ Christian GAVALDA, Gilbert PARLEANI, *Droit des affaires de l'UE*, LexisNexis, Paris, 2009, 583 p.

²³⁷ Christophe MAUBERNARD, *Droit matériel de l'UE*, Ellipses, Paris, 2007, pp.255-257.

comportement d'une ou plusieurs entreprises est abusif, il faut s'assurer préalablement qu'elle(s) est (sont) effectivement en position dominante. Dès lors, c'est à l'égard d'un ou plusieurs marchés pertinents que sa position dominante sera envisagée.²³⁸ Afin de déterminer le marché pertinent, les autorités de la concurrence retiennent deux types de marchés : géographique et de produits/ services.

Le marché géographiquement pertinent répond à la logique suivante: pour entrer dans le champ d'application du droit européen de la concurrence il faut que le comportement litigieux déploie ses effets sur une partie substantielle du marché intérieur. A défaut, les conséquences éventuellement anticoncurrentielles de la position dominante, de l'entente ou de la concentration relèveront de l'appréciation des autorités nationales. Afin de déterminer l'étendue du marché géographique, la Commission EU s'appuiera sur le type de bien ou de service proposé, les opérateurs concurrents et enfin l'attitude des consommateurs européens à l'endroit des mêmes biens et services²³⁹. Ce n'est que si le comportement litigieux a des répercussions sur celui des principaux opérateurs et consommateurs européens qu'il deviendra pertinent.²⁴⁰

Ainsi, un marché géographiquement pertinent peut donc être limité au territoire d'un seul État membre si, d'une part, les principaux opérateurs et consommateurs actuels s'y trouvent et si, d'autre part, un tel marché constitue dans l'avenir pour des opérateurs et consommateurs étrangers un marché de référence²⁴¹. Par analogie avec les libertés fondamentales de circulation, le comportement litigieux constitue dans cette hypothèse une forme de restriction quantitative ou de mesure d'effet équivalent à la pénétration du marché par des marchandises ou des services étrangers²⁴².²⁴³

Le marché pertinent des produits ou des services est plus difficile à circonscrire. En effet, un bien ou un service peut relever selon ses caractéristiques ou ses destinataires de marchés distincts. En vue d'affiner la détermination du marché pertinent des produits ou des services la Commission et la Cour de Justice ont eu recours à *la notion d'interchangeabilité*. Pour savoir si un ensemble de biens ou de services relèvent du même marché il faut que les

²³⁸ Ibidem.

²³⁹ Décision de la Commission, 16.06.1999, *Scottish & Newcastle*, IV/35.992/F3, à propos du marché de la bière.

²⁴⁰ Christophe MAUBERNARD, *Droit matériel de l'UE*, Ellipses, Paris, 2007, pp.255-257.

²⁴¹ CJCE, 9.11.1983, *Michelin c/ Commission*, Aff. C 332/81, Rec. 1983 p. 03461.

²⁴² TPI, 27.07.2005, *Brasserie nationale c/ Commission*, Aff. T-49 à 51/02, Rec. 2005 p. II-03033.

²⁴³ Christophe MAUBERNARD, *Droit matériel de l'UE*, Ellipses, *op.cit.*, pp.255-257.

conditions de l'offre et de la demande soient interchangeables. Le juge européen précise toutefois que ces conditions ne sont pas cumulatives, puisque la seule interchangeabilité de l'une ou de l'autre peut suffire à identifier un marché pertinent²⁴⁴ ²⁴⁵.

L'interchangeabilité de l'offre suppose que les entreprises qui proposent un type particulier de bien ou de service soient en mesure de le faire selon des procédés techniques, industriels ou commerciaux similaires. Une entreprise A pourrait donc en théorie produire un bien ou prêter un service dans des conditions identiques ou équivalentes à celles pratiquées par l'entreprise B. ²⁴⁶

Il est évident que la délimitation du marché pertinent joue le rôle crucial dans le cadre d'application du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers, comme si l'activité de telle entreprise ne touche pas le marché européen le droit européen de la concurrence ne sera pas applicable.

§ 3. La considération du contexte économique.

33. Comme noté par la Cour déjà dans la décision *Béguelin*, « *il convient de prendre en considération, non seulement les droits et les obligations découlant de l'accord, mais encore le contexte économique et juridique* » (point 13).

Il ressort d'une jurisprudence constante que l'examen des effets restrictifs de concurrence doit tenir compte du cadre concret dans lequel un accord, une décision d'association d'entreprises ou une pratique concertée déploient leurs effets et, notamment, du **contexte économique et juridique** dans lequel opèrent les entreprises concernées, de la nature des produits ou des services visés ainsi que des conditions réelles du fonctionnement et de la structure du marché concerné (voir arrêt du Tribunal du 15 septembre 1998, *European Night Services e.a./Commission*, T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, Rec. p. II-3141, point 136).

Il faut souligner que la considération du contexte économique pour les entreprises multinationales est très important, comme elles agissent dans le monde de l'économie

²⁴⁴ TPI, 8.07.2003, *Verband e.a. c/ Commission*, Aff. T-374/00, Rec.2003 p. II-02275, point 133.

²⁴⁵ Voir Christophe MAUBERNARD, *Droit matériel de l'UE*, op.cit., pp.255-257.

²⁴⁶ Ibidem.

globale, mais selon les règles juridiques qui se différencient d'une frontière à l'autre. Ainsi, il est très difficile de considérer le contexte économique global et le juger selon les règles locales.

Une des affaires récentes où les requérants non-européens invoquent le principe de la nécessité de prendre en considération le contexte économique ainsi que le contexte juridique est l'arrêt du Tribunal *MasterCard Inc. e.a. c/ Commission*.²⁴⁷ Le recours a été rejeté par le Tribunal, toutefois, il a confirmé que la Commission doit toujours prendre en considération le contexte économique en investiguant une violation possible du droit de la concurrence (voir points 84, 87, 90, 127, 137 et 139).

Conclusion.

34. Finalement, on a vu que le droit européen de la concurrence peut être appliqué à l'entreprise ressortissante d'un État tiers sans considération de son siège social ni du lieu de son activité économique dès qu'elle produit des effets sur le marché interne. En prenant en considération l'absence d'un accord international sur le droit de la concurrence, l'inapplicabilité dans la plupart des cas le principe « *non bis in idem* », la possibilité des plusieurs poursuites (voir aussi paragraphes 66 et s.), la question de l(a) (in)justice en tant que telle de cette situation se pose.

Le problème de l'existence de nombreuses normes concurrentielles, parfois harmonisées (droit européen de la concurrence et le droit de la concurrence des États membres de l'UE) et parfois autonomes (droit européen de la concurrence et les droits de la concurrence des États tiers) traverse chaque chapitre de la thèse et représente le cœur de la problématique que l'on vise à analyser.

Il faut aussi prendre en considération que la logique du droit de la concurrence est très spécifique. En cas de violation, il est évident que l'entreprise doit faire l'objet des sanctions. Il paraît que la réponse à la question « pourquoi ? » est claire : la violation a causé le dommage qu'il faut réparer ou la violation peut causer le dommage qu'il faut prévenir et éviter (ainsi, interdire une entente, par exemple). Pourtant, tout n'est pas si clair du point de vue de la logique juridique.

²⁴⁷ TPI, 24.05.2012, *MasterCard Inc. e.a. c/ Commission*, T-111/08, Rec. 2012 p.00000.

La logique de réparation du dommage est une logique propre au droit civil, tandis que dans le cas d'application du droit européen de la concurrence on parle surtout de relations entre la Commission (autorité publique) et l'entreprise (il est possible pour les personnes physiques ou morales d'invoquer la violation du droit européen de la concurrence en vue de chercher les dommages et intérêts, mais un tel procès est « secondaire » par rapport à l'application du droit européen de la concurrence « *ex officio* » par la Commission).

Si c'était la logique du droit pénal, il serait certainement possible d'appliquer le principe « *non bis in idem* ». Le droit administratif est visé à protéger les particuliers de fautes de l'administration, tandis que le droit de la concurrence est visé à protéger la concurrence et les consommateurs (l'intérêt public). Pourtant c'est dans le cadre du droit administratif on trouve la notion de la responsabilité sans faute, quand on prend en considération seulement les effets et les conséquences de l'action ou de l'inaction et non les intentions du fonctionnaire particulier (comme dans le cas des effets négatifs d'une entente, par exemple).

On pourrait dire que la logique du droit de la concurrence est en quelque sorte la logique du droit administratif renversé, mais en même temps il faut mentionner aussi que le droit administratif en général ne s'applique pas de manière extraterritoriale. En plus, évidemment, il propose moins de protection à l'accusé que le droit pénal.

Ainsi, on se retrouve avec le droit mixte (public-privé) applicable de manière extraterritoriale par plusieurs pays (l'UE, les États-Unis, Russie et plusieurs d'autres comme la théorie de l'effet est reconnu mondialement) sans un accord ou une organisation internationale qui pourrait donner les mêmes cadres pour tout le monde, les mêmes notions, règles de base, les mêmes règles du jeu sur le marché mondial, la possibilité de résoudre les conflits et promouvoir la concurrence partout dans le monde.

**Chapitre 2. L'application du droit européen de la concurrence aux entreprises d'États tiers.
L'exécution.**

*« J'ai le droit d'exiger l'obéissance,
Parce que mes ordres sont raisonnables ».*

*Antoine de Saint-Exupéry,
Le Petit Prince.*

35. Dans le chapitre précédent, les normes matérielles du droit européen de la concurrence ont été analysées. A ce stade de l'analyse, tout en continuant l'examen global de l'application du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers, on présente le chapitre consacré aux procédures de ladite application quant aux États membres et à l'UE.

Ainsi, on cherche à savoir exactement qui, et selon quelle procédé, applique le droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers et quelles sont les conséquences du non-respect par ces mêmes entreprises des décisions des autorités nationales de concurrence des États membres et de leurs tribunaux nationaux, de la Commission, du Tribunal ou de la Cour de Justice. Le cas où une entreprise non-européenne refuse de coopérer avec les autorités de concurrence des États membres et/ou les autorités européennes sera examiné, ainsi que les conséquences d'un tel comportement.

Il faut noter tout d'abord que la non-coopération peut revêtir deux formes essentielles : le refus d'aider (donner accès aux documents, etc.) la Commission ou les autorités nationales de concurrence à enquêter sur l'affaire, d'une part, et le non-respect des décisions de la Commission, des autorités nationales de concurrence, des juridictions nationales des États membres, de la Cour de Justice ou du Tribunal, de l'autre.

Il est par conséquent clair que la question de la (non-)existence de mécanismes de coopération internationale se pose : est-il possible d'obtenir l'exequatur des décisions des juridictions des États membres en dehors de l'UE ? Existe-t-il la possibilité d'un tel exequatur pour les décisions du Tribunal ou la Cour de Justice ? Peut-on assurer l'application forcée des décisions de la Commission et des autorités nationales de concurrence des États membres hors de l'UE ?

Ainsi, le chapitre est divisé en trois sections : **(1) l'application extraterritoriale du droit européen de la concurrence par des autorités nationales des États membres (et les conséquences en cas de non-coopération), (2) l'application extraterritoriale du droit européen de la concurrence par les institutions européennes (et les conséquences en cas de non-coopération) et (3) la coopération internationale.**

Section 1. L'application extraterritoriale du droit européen de la concurrence par des autorités nationales et des juridictions des États membres.

36. Cette partie de la recherche commence par l'analyse de l'application des normes du droit européen de la concurrence par des autorités nationales des États membres aux entreprises des États tiers. Il faut noter que les autorités nationales des États membres ne créent pas les normes ni les conditions d'application du droit européen de la concurrence aux entreprises d'États tiers, mais elles appliquent ces normes grâce au système décentralisé introduit par le Règlement 1/2003 (voir paragraphes 30.1 et s.). Par conséquent, cette section vise à examiner la procédure exacte d'application du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers.

Ainsi, la section est divisée en deux paragraphes : *(1) La procédure d'application du droit européen de la concurrence à une entreprise d'un État tiers par les institutions nationales des États membres et (2) Les conséquences de la non-coopération des entreprises des États tiers avec les institutions nationales des États membres (par exemple la possibilité de l'application forcée extérieure (en dehors de l'UE)).*

§ 1. L'application du droit européen de la concurrence à une entreprise d'un État tiers par les institutions nationales des États membres.

Conséquemment, le présent paragraphe contient deux parties : la première est consacrée au rôle des autorités nationales de concurrence des États membres, et la deuxième – aux juridictions nationales des États membres.

I. Le rôle des autorités nationales de concurrence.

37. La première question qui se pose dans le cadre de présente section est de savoir quand et comment les autorités nationales de concurrence appliquent-elles le droit européen de la concurrence.

Premièrement, tout dépend de l'existence d'une ***affectation du commerce européen***²⁴⁸, que les entreprises doivent apprécier *ab initio*, afin de savoir quel droit (national ou/et européen) s'appliquera à leur pratique. Si le commerce européen n'est pas affecté, seul le droit national de la concurrence s'appliquera. Si l'affectation du commerce européenne est avérée, les rôles respectifs des droits nationaux et des articles 101 et 102 TFUE seront plus complexes.²⁴⁹

Le droit européen de la concurrence s'applique certes *d'office*, mais il ne s'applique pas exclusivement. Le droit national reste en théorie compétent. Toutefois, il ne trouvera pas souvent à s'appliquer compte tenu du principe de primauté du droit européen, qui est réaffirmé par le texte du Règlement 1/2003 mais avec certaines nuances selon le comportement en question.²⁵⁰ Cette question est réglée par l'article 3, paragraphes 2 et 3, du Règlement 1/2003.²⁵¹ Aussi il résulte du texte du Traité et du Règlement qu'il faut distinguer entre les ententes et les comportements unilatéraux.

²⁴⁸ Communication de la Commission, *Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité*, 2004/C 101/07, 27 avril 2004, JO n° C 101 du 27.4.2004. Comme le critère d'affectation du commerce entre les États membres s'appliquent de même manière aux entreprises européennes et représente un sujet d'analyse indépendant on se limitera à se référer à la doctrine la plus récente comme : Jean-Christophe RODA, David BOSCO, Irène LUC, Pascal CARDONNEL, Philippe RINCAZAUX, *Affectation du commerce entre États membres et pratiques anticoncurrentielles : Une question d'actualité*, Concurrences, N° 2-2011, n°35745, pp. 17-32; Catherine PRIETO, *Une conception étroite de la notion d'affectation du commerce entre les États membres*, Revue des contrats, Janvier 2010 n° 1, p.122.

²⁴⁹ *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, sous la direction de François BRUNET et Guy CANIVET, L.G.D.J., Paris, 2008, p.447.

²⁵⁰ Ibidem, p.451.

²⁵¹ "L'application du droit national de la concurrence ne peut pas entraîner l'interdiction d'accords, de décisions d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées qui sont susceptible d'affecter le commerce entre les États membres, mais qui n'ont pas pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité, ou qui satisfont aux conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, du traité ou qui sont couverts par un règlement ayant pour objet l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité. Le présent règlement n'empêche pas les États membres d'adopter et de mettre en œuvre sur leur territoire des lois nationales plus strictes qui interdisent ou sanctionnent un comportement unilatéral d'une entreprise.

3. Sans préjudice des principes généraux et des autres dispositions du droit communautaire, les paragraphes 1 et 2 ne s'appliquent pas lorsque les autorités de concurrence et les juridictions des États membres appliquent la législation nationale relative au contrôle des concentrations, et ils n'interdisent pas l'application de dispositions de droit national qui visent à titre principal un objectif différent de celui visé par les articles 81 et 82 du traité ».

37.1. La régulation des ententes. Le droit européen de la concurrence s'applique aux ententes avec une primauté renforcée. Ainsi, eu égard aux ententes, dès lors qu'il y a affectation du marché européen, c'est le droit européen qui s'applique, le droit national de la concurrence reste applicable dans la mesure où il respecte le droit européen. Par exemple, l'autorité qui aura décidé qu'en droit européen la pratique affectant le commerce européen ne doit pas être condamnée, ne pourra pas la sanctionner sur le fondement du droit national.²⁵²

37.2. La régulation des comportements unilatéraux. La solution est différente pour les comportements unilatéraux. Si un comportement n'est pas qualifié d'abus de position dominante en droit européen de la concurrence, il pourra néanmoins être sanctionné sur le fondement des droits nationaux. Toutefois, on remarque qu'en droit français, il pourra l'être sur le fondement de l'abus de dépendance économique (article L. 420-2, alinéa 2, du Code de commerce), ou de la pratique de prix abusivement bas (article L. 420-5 du Code de commerce). Les lois nationales plus strictes que l'article 102 TFUE peuvent donc exister.²⁵³

37.3. Les normes du droit national des Etats membres ayant un but différent. L'article 3, paragraphe 3, du Règlement 1/2003 prévoit aussi que les paragraphes 1 et 2 n'interdisent pas l'application des normes nationales ayant un but différent de celui visé par les articles 101 et 102 TFUE.

Premièrement, sont visés les textes sur *les pratiques commerciales déloyales*, sans impact sur le marché, ce qu'on appelle en droit français les pratiques restrictives de concurrence.²⁵⁴ Cela vise aussi le droit de la concurrence déloyale, régi en France comme au Luxembourg par le fameux article 1382 du Code civil (sur la concurrence déloyale, voir aussi le Chapitre 3 du Titre II de la thèse). C'est aussi pour le droit de la responsabilité civile (voir l'article L.442-6 du Code de commerce ou l'article 1382 du Code civil) qui n'a pas le même objectif que la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, qui, quant à elle, a pour objectif la protection du marché.²⁵⁵

²⁵² Voir Laurence IDOT, *Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 82 et 82 CE (Règlement 1/2003 et projets de textes d'application*, Cahiers du Droit Européen, n° 70, 2003, cité par *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, sous la direction de François BRUNET et Guy CANIVET, op.cit., p.452.

²⁵³ *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, sous la direction de François BRUNET et Guy CANIVET, op.cit., p.453.

²⁵⁴ Ibidem, p.453.

²⁵⁵ Le problème de la concurrence déloyale sera analysé en détailles dans le Chapitre « L'application simultanée du droit international privé et du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers ».

Ainsi, ces dispositions peuvent continuer à s'appliquer indépendamment des articles 101 et 102 TFUE, mais à la condition qu'il n'y ait pas d'incompatibilité. Par exemple, si un accord vertical est exempté, sera-t-il possible d'invoquer, sur le fondement de l'article L.442-6 du Code de commerce, une pratique discriminatoire ? L'admettre reviendrait à priver les entreprises du bénéfice réel de l'exemption.²⁵⁶

Deuxièmement, sont visées les normes qui imposent des *sanctions pénales aux personnes physiques*. Cependant, le considérant 8 du Règlement 1/2003 ajoute « *sauf si les dites sanctions constituent un moyen d'assurer l'application des règles de concurrence applicables aux entreprises* ». Par exemple, c'est le cas pour l'article L.420-6 du Code de commerce, qui sanctionne d'un emprisonnement de 4 ans et d'une amende de 75 000 euros toute personne physique qui prend frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre des pratiques visées aux articles L.420-1 et L.420-2 (ententes et abus de domination respectivement). Le lien ici est très clair, et la primauté du droit européen s'appliquera (sauf si la personne physique est poursuivie pour avoir participé à un abus de dépendance économique, lui-même soustrait au principe de primauté du droit européen).²⁵⁷

38. Les compétences respectives des autorités nationales des Etats membres et de la Commission européenne. Lorsque la question du droit applicable (national ou européen) est résolue, la question suivante apparaît : quand les autorités nationales de concurrence sont-elles compétentes pour traiter l'affaire en question et quand cette compétence revient-elle à la Commission européenne ?

Les autorités qui sont responsables de l'application le droit de la concurrence (européen ou national) *à titre principal* sont celles qui n'ont que des pouvoirs administratifs ou sanctionnateurs (amendes, astreintes). En France, par exemple, ce rôle revient au Conseil de la concurrence et à la Première Chambre de la Cour d'appel de Paris lorsqu'elle statue sur les recours formés contre les décisions du Conseil.²⁵⁸ Au plan européen, comme mentionné plus haut, cette compétence appartient à la Commission européenne. Les autorités qui appliquent le droit de la concurrence *à titre incident* sont celles qui ont pour mission d'accorder réparation ou satisfaction aux intérêts et droit subjectifs des particuliers touchés

²⁵⁶ *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, sous la direction de François BRUNET et Guy CANIVET, op.cit., p.453.

²⁵⁷ Ibidem. p.454.

²⁵⁸ Voir l'article L.464-7 du Code de commerce.

par les pratiques anticoncurrentielles (actions en dommages et intérêts, restitutions, etc.). Ce sont les juridictions nationales et européennes, analysées plus tard dans le chapitre.²⁵⁹

Selon la *Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence* (2004/C 101/03) une autorité peut être considérée comme étant bien placée pour traiter une plainte si les trois conditions suivantes sont cumulativement remplies :

« 1. *L'accord ou pratique a des effets directs substantiels, actuels ou prévisibles sur son territoire, y est mis en œuvre ou y trouve son origine ;*

2. L'autorité est à même de faire cesser efficacement l'intégralité de l'infraction ; autrement dit, elle peut délivrer une injonction de ne pas faire dont l'effet sera suffisant pour faire cesser l'infraction et elle peut, au besoin, sanctionner l'infraction de manière appropriée ;

3. Elle est en mesure de réunir, éventuellement avec le concours d'autres autorités, les preuves requises pour démontrer l'infraction » (paragraphe 8 du point 2.1). »

A contrario, la Commission sera particulièrement bien placée si un ou plusieurs accords ou pratiques, y compris les réseaux d'accords ou pratiques similaires, ont des effets sur la concurrence dans plus de trois États membres (marchés transfrontaliers couvrant plus de trois États membres ou plusieurs marchés nationaux) (voir paragraphe 14 du point 2.1).

Il ne faut pas aussi oublier que, dans le cadre du système de compétences parallèles introduit par le Règlement 1/2003, les affaires peuvent être traitées par une seule autorité nationale de concurrence, éventuellement avec le concours d'homologues d'autres États membres ou par plusieurs autorités nationales de concurrence agissant en parallèle (ou la Commission). Ainsi, la question de l'éventualité de poursuites multiples se pose. Cette question sera analysée en détails dans le chapitre consacré au principe « *non bis in idem* » (voir paragraphe 66 et s.).

Selon le Règlement 1/2003, au plus tard trente jours avant l'adoption d'une décision ordonnant la cessation d'une infraction, acceptant les engagements ou retirant le bénéfice d'un règlement d'exemption par catégorie, les autorités nationales de concurrence des États membres doivent informer la Commission. Ces informations peuvent aussi être mises à la disposition des autorités de concurrence des autres États membres. Les autorités nationales de concurrence peuvent également échanger entre elles les informations nécessaires à

²⁵⁹Voir Christian GAVALDA, Gilbert PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, LexisNexis Litec, 2009, Paris, 583p.

l'appréciation d'une affaire qu'elles traitent en vertu de l'article 101 ou 102 TFUE (voir le paragraphe 4 de l'article 11).

Selon le paragraphe 6 de l'article 11 du Règlement 1/2003, l'ouverture par la Commission d'une procédure en vue de l'adoption d'une décision dessaisit les autorités de concurrence des États membres de leur compétence pour appliquer les articles 101 et 102 du TFUE. Cependant, si une autorité de concurrence d'un État membre traite déjà une affaire, la Commission n'intente la procédure qu'après avoir consulté cette autorité nationale de concurrence.

Une décision récente de la Cour de Justice *Toshiba e.a. contre Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*²⁶⁰ (ci-après *Toshiba c/ UOHS*) a éclairé encore plus la question de la délimitation des compétences de la Commission et de celles des autorités nationales de concurrence. L'affaire *Toshiba c/ UOHS* concernait une entente de portée mondiale sur le marché des appareillages de commutation à isolation gazeuse (ci-après les «AIG»), à laquelle, à différentes périodes situées entre 1988 et 2004, ont participé plusieurs entreprises européennes et japonaises appartenant au secteur de l'électrotechnique. Aussi bien la Commission que l'*Úřad pro ochranu hospodářské soutěže* se sont saisis de certains aspects de cette affaire au cours des années 2006 et 2007, et ont infligé des amendes aux entreprises concernées (voir point 19). Il s'agissait en effet d'une entente complexe et de portée mondiale, à l'exception des États-Unis et du Canada, qui avait des effets dans l'UE et dans l'EEE, et dans le cadre de laquelle les entreprises concernées ont notamment échangé des informations sensibles relatives au marché visé, se sont réparti les marchés, ont conclu des accords de prix et ont cessé leur collaboration avec les entreprises qui n'étaient pas membres de cette entente (voir point 23).

Dans cette affaire, la cour régionale de Brno (République tchèque) a posé deux questions préjudicielles à la Cour de Justice (voir point 36). Premièrement, la cour nationale pose la question suivante : faut-il interpréter les dispositions de l'article 101 TFUE et du Règlement 1/2003 en ce sens qu'elles doivent s'appliquer (dans le cadre d'une procédure engagée après le 1^{er} mai 2004) à toute la durée d'une entente qui, sur le territoire de la République tchèque, a commencé avant son adhésion à l'UE (soit avant le 1^{er} mai 2004) et qui s'est poursuivie et a cessé après l'adhésion de la République tchèque à l'UE?

²⁶⁰ CJCE, 14.02.2012, *Toshiba e.a. c/ Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*, aff. C-17/10, Rec. 2012, p. 00000.

Deuxièmement, la cour voulait connaître la réponse à une autre question : faut-il interpréter l'article 11, paragraphe 6, lu en combinaison avec l'article 3, paragraphe 1, le 17^{ème} considérant du Règlement 1/2003, le point 51 de la communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence²⁶¹, le principe *non bis in idem*, tel qu'il découle de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, et les principes généraux du droit communautaire en ce sens que, si la Commission intente une procédure pour violation de l'article 101 TFUE après le 1er mai 2004 et adopte une décision sur le fond:

a) les autorités de concurrence des États membres sont automatiquement et définitivement dessaisies de leur compétence pour connaître des mêmes faits?

b) Les autorités de concurrence des États membres sont-elles dessaisies de leur compétence pour appliquer à ces mêmes faits les dispositions du droit national comportant une réglementation similaire à l'article 101 TFUE?

La Cour de Justice a répondu de la manière suivante : premièrement, les dispositions de l'article 101 TFUE et de l'article 3, paragraphe 1, du Règlement 1/2003, doivent être interprétées en ce sens que, dans le cadre d'une procédure engagée après le 1^{er} mai 2004, elles ne sont pas applicables à une entente qui a produit des effets, sur le territoire d'un État membre ayant adhéré à l'Union européenne le 1^{er} mai 2004, au cours de périodes antérieures à cette date.

Deuxièmement, l'ouverture par la Commission d'une procédure, au titre du chapitre III du règlement n° 1/2003, à l'encontre d'une entente, *ne dessaisit pas*, en vertu de l'article 11, paragraphe 6, du règlement n° 1/2003, lu en combinaison avec l'article 3, paragraphe 1, du même règlement, l'autorité de concurrence de l'État membre concerné de sa compétence *pour sanctionner, par application du droit national de la concurrence, les effets anticoncurrentiels produits par cette entente sur le territoire dudit État membre au cours de périodes antérieures à l'adhésion de ce dernier à l'UE.*

Troisièmement, le principe « *non bis in idem* » ne fait pas obstacle à ce que les entreprises ayant participé à une entente soient condamnées à des amendes par l'autorité nationale de concurrence de l'État membre concerné, *aux fins de sanctionner les effets produits par cette entente sur le territoire de ce dernier avant qu'il n'adhère à l'Union européenne*, dès lors que les amendes infligées aux membres de cette entente par une

²⁶¹ JO 2004, C 101, p. 43.

décision de la Commission prise avant l'adoption de la décision de ladite autorité nationale de concurrence n'avaient pas pour objet de réprimer lesdits effets.

On observe ici la même logique que dans les arrêts antérieurs de la Cour concernant l'applicabilité du principe « *non bis in idem* » aux ententes internationales.²⁶² Dans l'affaire *Hoechst*²⁶³ le Tribunal souligne que des sanctions infligées par les États tiers répondent à un objectif de protection d'un intérêt juridique distinct de l'intérêt européen (voir paragraphe 74). Les ententes ayant eu lieu avant l'adhésion de la République tchèque sont logiquement considérées comme les ententes ayant eu lieu dans un État tiers et sont jugées selon les mêmes principes

39. Concernant *le contrôle des concentrations* il faut noter que le Règlement n°139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises du 20 janvier 2004 (ci-après le Règlement 139/2004)²⁶⁴ a introduit un nouveau système de délimitation des compétences entre la Commission et les autorités nationales de concurrence des États membres - *un système de renvoi*. Il s'agit de renvoyer des cas de dimension européenne²⁶⁵ aux États membres (article 9), et inversement, de renvoyer des cas de dimension nationale à la Commission (article 22). Le système fonctionne par le mécanisme de « guichet unique » (voir les considérants 8 et 11) ce qui a permis d'améliorer et de clarifier la délimitation des

²⁶² Voir les arrêts CJUE, 14.12.1972, *Boehringer Mannheim c/ Commission*, Aff. 7-72, Rec. 1972 p. 01293; CJUE, 18.05.2006, *Archer Daniels Midland*, Aff. C-397/03 P, Rec. 2006 p. I-04429; CJUE, 29.06.2006, *Showa Denko KK c/ Commission*, Aff. C-289/04 P, Rec. 2006 p. I-05859 ; CJUE, 29.06.2006, *Commission c/ SGL Carbon AG*, Aff. C-301/04 P Rec. 2006 p. I-05915; CJUE, 29.06.2006, *SGL Carbon AG c/ Commission*, Aff. C-308/04 P, Rec. 2006 p. I-0597; TPI, 18.06.2008, *Hoechst GmbH c/Commission*, Aff. T-410/03, Rec. 2008 p. II-00881. Voir aussi les conclusions d'AG Juliane KOKOTT, 8.09.2011, *Toshiba Corporation e.a.*, Aff. C-17/10.

²⁶³ TPI, 18.06.2008, *Hoechst GmbH c/Commission*, Aff. T-410/03, Rec. 2008 p. II-00881.

²⁶⁴ Voir aussi Communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) No 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JO C 95 du 16.4.2008.

²⁶⁵ Article 1 du Règlement 139/2004, paragraphes 2 et 3 : « 2. Une concentration est de dimension communautaire lorsque : a) le chiffre d'affaire total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'euro, et b) le chiffre d'affaire total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus de deux tiers de son chiffre total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul État membre.

3. Une concentration qui n'atteint pas les seuils fixes au paragraphe 2 est de dimension communautaire lorsque : a) le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 2,5 milliards d'euros ; b) dans chacun d'au moins trois États membres, le chiffre d'affaires total réalisé par toutes les entreprises concernées est supérieur à 100 millions d'euros ; c) dans chacun d'au moins trois États membres inclus aux fins du point b), le chiffre d'affaires total réalisé individuellement par au moins deux des entreprises concernées est supérieur à 25 millions d'euros, et d) le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 100 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre ».

pouvoirs entre la Commission et des autorités nationales de concurrence dans les cas des concentrations.²⁶⁶

La cohérence du système est très importante, et du point de vue qualitatif, le renvoi est un instrument primordial. Il existe des exemples de cas significatifs, comme *Google/DoubleClick*²⁶⁷ ou *Tomtom/Tele Atlas*²⁶⁸, qui n'avaient pas de dimension communautaire mais qui ont été analysés par la Commission parce que les implications allaient au-delà des juridictions purement nationales.

II. Le rôle du juge national.

40. Après avoir analysé les compétences et le rôle des autorités nationales de concurrence des États membres, poursuivons par l'examen de rôle du juge national dans l'application du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers. Le rôle des juges nationaux est très important. Ils doivent sauvegarder les droits engendrés dans le chef des particuliers par les règles de concurrence. Ils doivent soulever *d'office* les dispositions contraignantes d'effet direct de droit européen de la concurrence.²⁶⁹ Le juge national doit aussi déterminer si le critère de « *l'affectation du commerce entre les États membres* » (examiné précédemment, voir paragraphe 27) est rempli.²⁷⁰

Toutefois, le principe posé à l'article 6 du Règlement 1/2003 sous la rubrique « *Compétences des juridictions nationales* », selon lequel les juridictions nationales sont compétentes pour appliquer les articles 101 et 102 TFUE, ne donne aucune indication sur ce que recouvre la notion de « *juridiction nationale* ». La communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 TCE²⁷¹ précise, en son article 1, que les juridictions nationales « *sont les*

²⁶⁶ Voir aussi Marie-Dominique HAGELSTEEN, *Qui fait quoi? Des compétences institutionnelles en évolution*, Revue Lamy de la Concurrence, N 18 Janvier-Mars 2009, 139-141pp.

²⁶⁷ *Google/DoubleClick*, n° COMP/M.4731, C(2008) 927 final, 11.03.2008; Communiqué de Presse de la Commission, *Concentrations: la Commission autorise le projet de rachat de DoubleClick par Google*, IP/08/426, Bruxelles, le 11 mars 2008.

²⁶⁸ *Tomtom/Tele Atlas*, n° COMP/M.4854, C(2008) 1859, 14.05.2008.

²⁶⁹ CJCE, 14.12.1995, *Van Schijndel c/ Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, Aff. C.430 et 431/93, Rec. 1995-I, p. 04705, voir aussi Christian GAVALDA, Gilbert PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, *op.cit.*

²⁷⁰ Voir Guy Canivet, *La décentralisation du droit communautaire de la concurrence : le rôle du juge national*, Le nouveau droit communautaire de la concurrence, L.G.D.J., 2008, p.485-490.

²⁷¹ JO C 101 du 27.4.2004.

*cours et tribunaux d'un État membre de l'Union européenne qui peuvent appliquer les articles 81 et 82 CE et saisir la Cour de justice des communautés européennes à titre préjudiciel en application de l'article 234 CE ».*²⁷²

Comme le précise la Communication elle-même, il convient de se référer à la jurisprudence de la CJUE quant à la notion de juridiction au sens de l'article 267 TFUE (portant sur la question préjudicielle). Par exemple, dans l'affaire *Schmid*²⁷³ sont indiqués les éléments que la Cour de Justice prend en compte en cas de difficulté sur la qualification de l'organe qui la saisit. La Cour prend en considération l'origine légale de l'organisme, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application, par l'organisme, des règles de droit, ainsi que son indépendance (point 34).²⁷⁴

Il revient aux États membres, conformément au principe de l'autonomie procédurale, de déterminer les juridictions effectivement compétentes pour appliquer les articles 101 et 102 TFUE. Analysons brièvement l'exemple des juridictions françaises compétentes pour appliquer le droit européen de la concurrence, car la dualité des ordres juridictionnels en France présente une complexité particulière et constitue par conséquent un exemple d'un intérêt remarquable.

Avant d'aller plus loin, il faut d'abord rappeler que le Règlement 1/2003 admet les configurations institutionnelles variées puisque les juridictions nationales (au sens exposé auparavant), peuvent, selon l'article 35 paragraphe 1, figurer parmi les autorités de concurrence que les États membres doivent, en application de l'article 35, désigner pour appliquer les articles 101 et 102 TFUE. Prévoyant les compétences parallèles entre autorités et juridictions, le règlement en son article 35-2 indique d'ailleurs que la ligne de partage, pour l'attribution de différentes compétences et fonctions, ne passe pas par la nature de l'autorité, qui peut être administrative et judiciaire. Cependant, le Règlement 1/2003 s'en est tenu à la dualité entre autorités de concurrence/juridictions sans prendre en compte la réalité de l'arbitrage en matière de règlement des conflits, qui peut trouver à s'exercer dans les domaines d'application du droit européen de la concurrence. L'arbitre est tenu au respect du droit européen de la concurrence, s'agissant de dispositions d'ordre public. On

²⁷²Guy Canivet, *La décentralisation du droit communautaire de la concurrence : le rôle du juge national*, Le nouveau droit communautaire de la concurrence, L.G.D.J., 2008, p.480.

²⁷³CJCE, 30.05.2002, *Walter Schmid*, Aff. C-516/99, Rec.2002, p. I-04573.

²⁷⁴Voir aussi Guy Canivet, *La décentralisation du droit communautaire de la concurrence : le rôle du juge national*, *op.cit.*, p.480.

peut imaginer ainsi que l'insertion de l'arbitre dans le système d'application du droit européen de la concurrence se fasse de façon indirecte par le contrôle des sentences arbitrales via l'exercice des voies de recours.²⁷⁵ Pourtant, il est intéressant de noter qu'aux États-Unis l'arbitrage joue souvent un rôle important dans les relations entre la *Federal Trade Commission* et les entreprises.²⁷⁶

Il faut aussi mentionner la *Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 TCE* (101 et 102 TFUE) (2004/C 101/04) qui décrit de manière fort détaillée l'application des règles de concurrence européenne par les juridictions nationales, l'application parallèle ou consécutive des règles de concurrence européennes par la Commission et les juridiction nationales, le rôle de la Commission en tant qu'*amicus curiae*, y compris le devoir de la Commission de transmettre des informations aux juridictions nationales, la possibilité de demander l'avis de la Commission sur des questions concernant l'application des règles de concurrence européennes, la soumission d'observations à la juridiction nationale par la Commission, le devoir des juridictions nationales de faciliter le rôle de la Commission dans l'application des règles de concurrence européennes (y compris la communication des jugements, aide à la Commission européenne lors d'une inspection dans les locaux commerciaux ou non commerciaux : par exemple, la juridiction nationale peut donner une autorisation permettant à une autorité nationale disposant d'un pouvoir de contrainte d'assister la Commission si l'entreprise en question s'oppose à l'inspection.

Pour revenir à l'organisation du système judiciaire en France il faut préciser que celui-ci est caractérisé par une dualité des ordres juridictionnels: on relève d'une part les juridictions judiciaires et de l'autre les juridictions administratives. Les juridictions judiciaires comprennent les juridictions civiles (à savoir, en ce qui concerne plus particulièrement l'application du droit de la concurrence, huit tribunaux de grand instance, huit tribunaux de commerce et la cour d'appel de Paris, laquelle cumule le rôle de juridiction de recours contre les décisions du Conseil de la concurrence et de juridiction d'appel des décisions de première instances rendues en matière de concurrence par les juridictions judiciaires) et les juridictions pénales. Il faut souligner à ce sujet qu'aujourd'hui, aucune incrimination des

²⁷⁵Voir aussi Guy Canivet, *La décentralisation du droit communautaire de la concurrence : le rôle du juge national*, op.cit., pp.480-481, 485.

²⁷⁶Voir, par exemple, Gordon BLANKE, Philip LANDOLT, *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners*, Kluwer Law International, GB, 2011, pp.1745-1760.

pratiques visées par le droit européen n'est prévue en droit national, ainsi, l'application directe et exclusive du droit européen de la concurrence par le juge pénal n'est pas possible.

277

Les juridictions administratives sont amenées à apprécier la légalité des actes administratifs au regard du droit européen de la concurrence. La jurisprudence en fournit différents exemples, qu'il s'agisse de contrats de concession²⁷⁸, de décrets²⁷⁹ et d'arrêtés d'extension d'accords interprofessionnels²⁸⁰.

Bien évidemment, la complexité de l'ordre juridictionnel interne d'un État membre peut être beaucoup plus difficile à comprendre pour une entreprise en dehors de l'UE que pour les entreprises européennes. Entre autres, les entreprises non-européennes doivent prendre en compte non seulement l'ordre juridictionnel de l'UE et de ces États membres, mais les ordres juridictionnels partout dans le monde où il a les activités économiques (ou même les ordres juridictionnels dans les pays où l'on peut ressentir les effets de ses activités, si de tels pays appliquent aussi la théorie de l'effet).

§ 2. Les conséquences de non-coopération des entreprises des États tiers avec les institutions nationales des États membres.

41. Dans le cadre de cette discussion il conviendra de se demander ce que peuvent faire les autorités et/ou les tribunaux des États membres si l'entreprise non-européenne ne respecte pas leurs décisions : est-il possible de demander l'exequatur de l'arrêt d'un tribunal national d'un État membre ? L'autorité nationale de la concurrence peut-elle demander l'assistance de la Commission dans le but de forcer l'entreprise d'un État tiers à respecter sa décision ? En d'autres termes, on analyse ici les limites de l'application du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers (les mécanismes de coopération internationale sont examinés dans la section 3 de ce chapitre).

²⁷⁷Voir aussi Guy Canivet, *La décentralisation du droit communautaire de la concurrence : le rôle du juge national*, op.cit., pp.481-483.

²⁷⁸CE, 3.11.1997, n° 148698, *Société Yonne funéraire* ; CE, 3.11.1997, n° 165260, *Société Intermarbres*.

²⁷⁹CE, 24.04.1992, n° 116489, *Union nationale des fédérations d'organisme HLM* ; CE, 8.11.1996, n° 122644, *Fédération française des sociétés d'assurance*.

²⁸⁰CE, 12.06.1996, n° 115937, *Société Christ et fils*. Voir aussi Guy Canivet, *La décentralisation du droit communautaire de la concurrence : le rôle du juge national*, op.cit., pp.483-484.

Le Règlement 1/2003 ne prévoit pas de mécanisme spécial pour l'application extraterritoriale du droit européen de la concurrence. Grâce à l'existence du Réseau Européen de la Concurrence (REC), la procédure d'application du droit européen de la concurrence et les droits nationaux au sein de l'UE est très claire. En absence d'un tel réseau à l'échelle internationale (puisque la coopération dans le cadre de l'International Competition Network – ci-après ICN²⁸¹ –, laquelle sera analysée plus tard,²⁸² est très limitée par rapport à celle dans le cadre du REC) et en absence d'un accord international sur la concurrence, il n'existe pas de procédure claire et unique forçant les entreprises des États tiers à coopérer avec les institutions européennes et celles des États membres en cas d'application du droit européen de la concurrence à de telles entreprises.

A notre connaissance les entreprises des États tiers coopèrent presque toujours avec les autorités de concurrence européennes et/ou des États membres (on n'a pas d'exemple de refus de coopération ou de non-respect de décisions de ces organes compétentes).²⁸³ Toutefois, une telle coopération est purement volontaire, probablement parce que les entreprises veulent préserver une bonne réputation et continuer à travailler avec leurs partenaires européens.

On analysera la procédure de la coopération internationale dans la section trois de ce chapitre, tandis que la participation de l'UE et des États membres aux Conventions de la Haye sera analysée dans la deuxième section dans le cadre de l'examen des pouvoirs des institutions européennes en cas de non-coopération des entreprises des États tiers.

Toutefois, après avoir examiné en détails l'application du droit européen de la concurrence par les institutions des États membres aux entreprises non-européennes on passe à l'analyse de la procédure d'application de tel droit par les institutions européennes aux entreprises des États tiers.

Section 2. La procédure d'application extraterritoriale du droit européen de la concurrence aux entreprises d'États tiers.

²⁸¹ Voir, par exemple, Maria COPPOLA, *One network's effect : The rise and future of the ICN*, Concurrence N° 3-2011, pp. 222-229. La coopération dans le cadre de l'ICN est aussi discutée tout au long de la recherche.

²⁸² Voir le Chapitre « L'OMC comme plateforme pour la création d'un droit international de la concurrence ».

²⁸³ Sur l'obstruction à enquête voir Susana MORENO SANCHEZ, Benjamin CHEYNEL, *Obstruction à enquête – Perspectives communautaire et nationales*, Revue Lamy de la Concurrence, Juillet-Septembre 2010 N°24, pp.45-46.

42. Cette section est consacrée à l'analyse de la procédure d'application du droit européen de la concurrence aux entreprises d'États tiers par la Commission européenne et par le Tribunal et la Cour de Justice. L'autre question qui apparaît dans le cadre de ce sujet a trait aux conséquences de la non-exécution par l'entreprise des décisions de la Commission ou de la Cour (ou du Tribunal). Ainsi, cette section est divisée, dans la même logique que la précédente, en deux §s : (1) *La procédure d'application extraterritoriale du droit européen de la concurrence par les institutions européennes* et (2) *Les conséquences de non-coopération des entreprises des États tiers avec les institutions européennes*.

§ 1. La procédure d'application extraterritoriale du droit européen de la concurrence par les institutions européennes.

Il est logique de commencer par l'analyse du rôle de la Commission : la première institution européenne qui, chronologiquement, prend la décision concernant la violation du droit européen de la concurrence. Ensuite, les rôles de la Cour de Justice et du Tribunal seront examinés.

I. Le rôle de la Commission.

43. En vue de montrer la procédure d'application du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers, on se propose d'analyser six situations de la vie de l'entreprise non-européenne pour montrer à quelle(s) étape(s) la Commission européenne sera intéressée par le comportement d'une telle entreprise.

A. L'entreprise non-européenne a créé une filiale dans l'UE.

44. On imagine une situation très crédible et presque quotidienne, à savoir celle d'une entreprise non-européenne (par exemple, japonaise, comme Toyota ou Nissan qui ont quelques usines dans l'UE, ou australienne, comme *Deckers Outdoor Corporation*, connue en Europe pour ses boutiques de marque UGG) décide d'ouvrir une filiale dans l'UE. En fonction de l'activité de la société (la production et la vente ou la seule vente) les différentes normes

du droit civil et du droit fiscal vont être appliquées à ces filiales. Toutefois, comme la thèse est consacrée au droit de la concurrence, on se limite seulement aux questions issues du droit de la concurrence, en prenant toujours en considération que ce n'est pas le seul droit qui règle les activités des entreprises sur le marché. Ainsi, on pose la question logique: quelles règles concurrentielles l'entreprise-mère et la filiale doivent-elles respecter ? La réponse a plusieurs niveaux.

Premièrement, les entreprises doivent respecter *le droit européen de la concurrence* puisqu'il est probable que l'activité d'une entreprise étrangère avec une filiale européenne affectera le marché européen. Deuxièmement, la filiale doit respecter *le droit national de la concurrence de l'État membre* où elle est installée, car l'entreprise doit respecter les lois nationales du pays (États membres de l'UE dans le cas) où elle exerce son activité économique.²⁸⁴ Troisièmement, les entreprises doivent prendre en considération *les normes du droit de l'OMC concernant la régulation de la concurrence* (si l'entreprise vient d'un pays-membre de l'OMC). Toutefois, on doit noter que cette question particulière et le dilemme issu du contraste entre le principe *pacta sunt servanda* et l'absence de l'effet direct des dispositions de l'OMC sur la concurrence vont être analysés en détails ci-dessous dans le cadre de la présente thèse (voir paragraphes 91 et s.). De surcroît, l'entreprise-mère doit prendre en considération *le droit national de la concurrence de son pays d'origine*, car elle doit pouvoir continuer son activité économique sur son marché national.

La deuxième question qui se pose est la suivante : quand la Commission européenne sera-t-elle intéressée par le comportement de la filiale européenne et de la société-mère non-européenne ? La réponse est simple : la Commission sera intéressée par le comportement de ces deux sociétés dès que le marché interne est affecté (marchés de deux ou plus États membres). Il est très important d'attirer l'attention sur le fait de la possibilité d'application de la théorie de la responsabilité parentale (voir paragraphe 9 et s.).

Finalement, il faut souligner qu'il faut toujours prendre en considération le fait que tous les autres pays du monde (par exemple, la Russie (voir l'article 3 de FZ « *Sur la concurrence* »)) qui appliquent eux-mêmes la théorie de l'effet comme le fait l'UE **peuvent à**

²⁸⁴ Cependant il ne faut pas oublier la primauté du droit européen, sauf les pratiques unilatérales, et que l'harmonisation du droit de la concurrence européen et national des États membres est presque parfaite.

un moment donné essayer d'appliquer leur droit national de la concurrence si leurs marchés sont également concernés (*cette supposition s'applique à toutes les situations*).

B. Ouverture d'une autre filiale en dehors du pays d'origine de la société-mère et en dehors de l'UE.

45. Imaginons une autre situation quand la société-mère décide d'ouvrir une autre filiale en dehors de son pays d'origine et en dehors de l'UE, par exemple, aux États-Unis. Ainsi la première question est : quelles règles du droit de la concurrence doivent respecter la société-mère et la nouvelle filiale ?

Tout d'abord, la filiale en question doit respecter *les lois américaines sur la concurrence* puisqu'elle sera une société du droit américain et elle aura certainement son activité économique sur le marché américain. En outre, l'entreprise-mère doit toujours respecter *le droit national de la concurrence de son pays d'origine* en vue de pouvoir continuer travailler sur son marché national. Il ne faut pas oublier non plus *les normes du droit de l'OMC concernant la régulation de la concurrence, mentionnées ci-dessus* et examinées plus tard dans le chapitre spécial (voir paragraphe 91 et s.).

Finalement, *le droit européen* peut être appliqué si le marché européen est affecté. La Commission européenne peut appliquer le droit européen de la concurrence en vue de protéger le marché interne (voir paragraphe 27 et s.). Ainsi, le droit européen de la concurrence doit être pris en compte et respecté dès qu'on prévoit l'existence d'un effet sur le marché interne (par exemple, si la filiale vend la production du groupe sur le marché européen).

En suivant le développement de la situation on peut aussi se demander ce qui se passe si deux sociétés-sœurs (filiale européenne et filiale américaine) participent, par exemple, à un cartel ? Tout d'abord on s'intéresse aux règles concurrentielles applicables à la société-mère dans ce cas.

Premièrement, *le droit européen de la concurrence* trouve à s'appliquer s'il y a les effets sur le marché européen grâce à la théorie de la responsabilité parentale (voir

paragraphe 9 et s.). Deuxièmement, *le droit américain*²⁸⁵ est présumé être applicable car en général la théorie de l'effet est applicable aux États-Unis selon mêmes principes qu'en UE (affectation du marché). Cependant la théorie de la responsabilité parentale ne s'applique pas en général aux États-Unis (voir paragraphe 9 et s.). Ainsi, si la mère ne participe pas directement à ce cartel et son propre activité économique n'affecte pas le marché américain, elle ne tombe pas dans le champ d'application du droit de la concurrence des États-Unis. Il faut aussi prendre en considération *les normes du droit de l'OMC* (voir paragraphe 91 et s.), comme mentionné auparavant.

Toutefois, la question suivante qui se pose est de savoir quelles règles concurrentielles sont applicables aux filiales participant à un cartel. Premièrement, *le droit américain* grâce à la théorie de l'effet ; en outre, une des sociétés est américaine, ainsi les effets sur le marché américain sont plus que prévisibles. Deuxièmement on peut prévoir l'application du *droit européen*, si le marché interne est affecté, ce qu'est également plausible surtout en prenant en considération le fait qu'une des sociétés est une société européenne. Enfin, *le droit national de l'État membre de l'UE* où la filiale européenne est installée est également applicable, car la filiale doit toujours respecter le droit du pays où elle est fondée.

C. Ouverture d'une autre filiale hors de l'UE.

46. On continue l'analyse des situations possibles de la vie de l'entreprise multinationale. Ainsi, on peut bien imaginer l'ouverture d'une autre filiale dans un autre pays, dans le cas d'espèce aux Emirats Arabes Unis (par exemple, Citibank et Johnson & Johnson²⁸⁶ possèdent des filiales aux EAU comme dans l'UE).

D'abord il faut prendre en considération le fait qu'il n'y a pas de droit de la concurrence structuré aux EAU (il y existe seulement un droit embryonnaire constitué notamment de la Consumer Protection Law de 2006 et des Règles sur la mise en œuvre de

²⁸⁵ Voir aussi Michael SENNETT, Paula W. RENDER, Thomas DEMITRACK, *Recent U.S. Cases May Allow New Antitrust Challenges to Foreign Conduct*, Jones Day Antitrust Alert, October 2011.

²⁸⁶ <http://dubaiemploymenttips.com/companies/american/> 04.05.2012

cette loi de 2007, qui contiennent certaines normes sur la concurrence visés de protéger les consommateurs)²⁸⁷. Pourtant, les EAU sont membres de l'OMC.

Par ailleurs, il n'y a pas d'accord concernant le droit de la concurrence entre les EAU et l'UE. Ainsi, il n'y a pas de base légale pour la coopération dans le domaine du droit de la concurrence entre les EAU et l'UE, comparable, par exemple, à la base légale pour la coopération existante entre les États-Unis et l'UE (analysé plus tard – voir Annexe 2).

Cependant, la question reste la même : quelles sont les règles du droit de la concurrence à respecter par la société-mère et par la filiale ? La première réponse est : *les normes non-structurées sur la concurrence qui se trouvent dans les lois des EAU sur la protection des consommateurs*. La filiale doit évidemment respecter le droit du pays où elle est fondée, de même que *les normes du droit de l'OMC* concernant la régulation de la concurrence (voir paragraphes 91 et s.) comme les EAU sont membres de l'OMC. Il faut, bien sûr, prendre en considération *le droit européen*, si le marché européen est affecté grâce à l'application *de facto* de la théorie de l'effet (voir paragraphes 1, 2 et s.). Finalement, *le droit du pays d'origine de la société mère* (par la société mère) comme elle doit respecter le droit du pays où elle est installée.

D. Création d'une joint-venture au Japon avec la société japonaise 50%-50%.

47. En continuant l'analyse on arrive à la situation suivante : la création d'un *joint-venture* 50%-50% au Japon avec une société japonaise. Par conséquent, en suivant la route choisie pour cette recherche, on se demande à nouveau : quelles sont les règles du droit de la concurrence à respecter dans cette situation?

Il faut garder à l'esprit, lorsque le comportement illégal est l'œuvre d'une *joint-venture*, la Commission européenne examine tous les faits d'espèce afin de déterminer si une ou plusieurs sociétés - mères ont exercé une influence décisive sur ladite joint-venture

²⁸⁷ Voir Marcus WALLMAN, *United Arab Emirates: UAE Competition Law*, 27 September 2010, Mondaq Anti-trust/Competition, <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=110998> , 07.02.2012. Voir aussi Omar AL HELOO, *Rules of Competition: New Field to Compete*, 01 November 2011, HadeF&Partners News, <http://www.hadefpartners.com/News/pageid/120-137/default.aspx?mediaid=201>, 07.02.2012.

durant l'époque considérée, si le marché européen est affecté.²⁸⁸ Il est intéressant à noter que jusqu'à présent, dans de tels cas, la Commission n'a pas appliqué la présomption de détention intégrale (issue de la théorie de la responsabilité parentale – voir paragraphe 9 et s.) mais au contraire démontré l'exercice effectif d'une influence décisive par la mère.

Deuxièmement, la joint-venture doit respecter le droit de la concurrence du Japon, lequel est beaucoup influencé par le modèle américain. Ainsi, comme dans les cas analysés auparavant (filiale américaine et filiale aux EAU) l'entreprise-mère et surtout la nouvelle filiale doivent connaître et respecter les normes du droit de la concurrence assez différents l'un de l'autre.

Il est évident que l'absence d'approche générale et globale sous la forme d'un accord international rend la vie des entreprises multinationales plus difficile. Aussi, si l'on disposait d'un tel accord conclu dans le cadre de l'OMC, les pays, qui n'ont pas le droit de la concurrence en tant que tel, mais qui sont membres de l'OMC (comme les EAU), seraient obligés de respecter les normes du droit international de la concurrence et les entreprises avaient les mêmes règles du jeu partout dans le monde, ce qui aurait facilité leurs affaires à l'international, et, simultanément, protégé la concurrence au niveau mondial et local.

E. La filiale américaine et la filiale japonaise participent ensemble à un cartel.

48. Revenons à l'analyse de la vie d'une entreprise multinationale. Dans la cinquième situation on imagine le cas où la filiale américaine et sa sœur japonaise participent ensemble à un cartel. On se demande, évidemment, si ce cartel concerne la Commission européenne. La réponse est positive s'il existe un effet sur le marché interne.

Lorsque la Commission est en mesure de prouver que des sociétés-sœurs ont agi de conserve, et ainsi formé une seule et même unité économique, elle peut tenir l'une quelconque de ces sociétés responsable de l'infraction à laquelle l'autre a participé

²⁸⁸ TPI, 27.09.2006, *Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe BA c/ Commission*, Aff. T-314/01, Rec. 2006 p. II-03085, points 135-141, Décision de la Commission, COMP/38.899, *GIS Switchgear*, Décision de la Commission, COMP/F/38.433, *Rubber Chemicals*, point 263, voir aussi Décision de la Commission, COMP/38.628, *Chloroprene Rubber*.

directement.²⁸⁹ Cette solution est fondée, car plusieurs variétés de personnes morales appartenant à la même entreprise peuvent être impliquées dans l'infraction et ainsi constituer une entreprise : généralement, la filiale dédiée aux ventes assiste aux réunions de cartel mais le produit en découlant est fabriqué par la filiale de production, et toutes deux sont sous la supervision de la société de gestion. Enfin, le droit japonais et le droit américain peuvent être aussi applicables, si le cartel nuit aux marchés japonais ou américain.

F. La fusion de la société - mère avec une autre entreprise non-européenne.

49. La dernière situation à analyser est la fusion entre la société-mère non-européenne avec une entreprise européenne. La question reste similaire : quelles règles sont applicables à une telle fusion ? Premièrement, *le droit du pays d'origine de la société-mère* comme il est indispensable de respecter le droit du pays où elle est installée. Ensuite, *le droit du pays d'origine de l'autre société* comme l'autre société doit respecter le droit du pays où elle est installée et la première société doit également respecter ces normes comme elle fusionne avec cette entreprise. De surcroît, *le droit européen de la concurrence* peut être applicable, si le marché interne est affecté. Il ne faut pas oublier, enfin, la possibilité d'invoquer *les normes du droit de l'OMC* (voir paragraphe 91 et s.).

G. Conclusion.

50. Après avoir examiné le comportement d'une entreprise d'un État tiers qui peut attirer l'attention de la Commission et tomber dans le champ d'application du droit européen de la concurrence, on présente schématiquement, en vue de conclure cette discussion, le déroulement du processus d'application des articles 101 et 102 TFUE au sein de la Commission. Comme la procédure est pareille pour toutes les entreprises on n'a pas

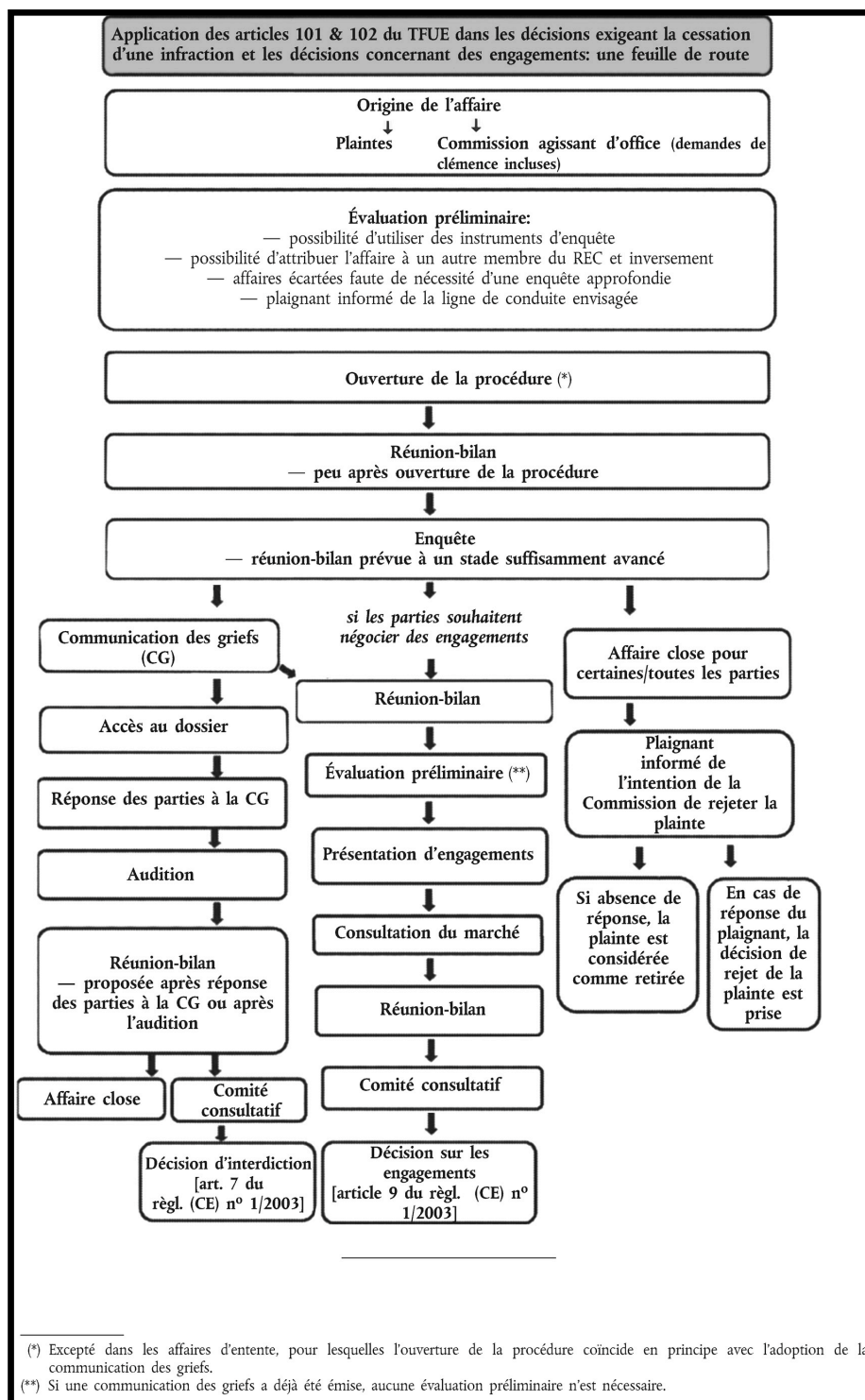
²⁸⁹TPI, 20.03.2002, *HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG and Others c/ Commission*, Aff. T-9/99, Rec. 2002 II-2429, points 66 et 75; TPI, 27.09.2006, *Jungbunzlauer AG c/ Commission*, Aff. T-43/02, Rec. 2006 II-3435; *Knauf Gips*, op.cit.; CJUE, 02.10.2003, *Siderurgica Aristrain Madrid SL c/ Commission*, Aff. C-196/99 P, Rec. 2003 I-11005.

besoin de l'analyser séparément dans le cadre de cette recherche consacré aux entreprises des États tiers.

La communication de la Commission concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 TFUE contient une « feuille de route » de la procédure d'application des articles 101 et 102 TFUE dans les décisions exigeant la cessation d'une infraction et les décisions concernant des engagements, qui est très utile.²⁹⁰ Cette feuille de route, qui explique de manière très claire et synthétique toute la procédure, est présentée ci-dessous.

²⁹⁰ Voir aussi Jasmin BATTISTA, Christian ROQUES « *Les inspections communautaires en matière de concurrence* », Revue Lamy de la Concurrence, Janvier/Mars 2008, N°14, 136-145pp. ; *Le nouveau droit de la concurrence*, sous la direction de François BRUNET et Guy CANIVET, L.G.D.J., 2008, 323-441pp.

Figure 1. L'application des articles 101 & 102 TFUE dans les décisions exigeant la cessation d'une infraction et les décisions concernant des engagements : ne feuille de route²⁹¹



²⁹¹ Source: Communication de la Commission concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 TFUE, 2011/C 308/06.

51. Concernant *le contrôle des concentrations* il faut noter que l'article 21 du Règlement 139/2004 essaie de préserver l'exclusivité de l'analyse des concentrations de dimension communautaire par la Commission, en garantissant qu'il ne peut pas y avoir d'analyse parallèle en utilisant des critères du droit de la concurrence par la Commission et par une autorité nationale de concurrence ou une autre institution nationale. En même temps, il s'agit de garder un terrain pour que les gouvernements nationaux puissent s'opposer à des opérations, imposer des remèdes ou analyser des opérations de concentrations de concentration en prenant en compte des critères différents du droit de la concurrence.²⁹²

Ainsi, après avoir examiné le rôle de la Commission on passe à l'analyse du rôle de la Cour de Justice et du Tribunal concernant l'application extraterritoriale du droit européen de la concurrence.

II. Le rôle de la Cour de Justice et du Tribunal.

52. Si l'entreprise non-européenne n'est pas d'accord avec la décision de la Commission, elle peut introduire le recours en annulation de la décision de la Commission devant le Tribunal (l'article 263 TFUE). Si elle n'est toujours pas satisfaite de la décision du Tribunal elle peut introduire un pourvoi devant la Cour de Justice en demandant d'annulation de la décision du Tribunal. L'article 263 TFUE prévoit quatre motifs sur la base desquels l'annulation peut être prononcée : l'incompétence, la violation des formes substantielles, la violation du traité ou de toute règle de droit relative à son application et le détournement de pouvoir.²⁹³

Lorsque la Cour de Justice ou le Tribunal fait droit à la demande en annulation de l'acte contesté, celui-ci est présumé annulé. La décision porte en principe sur l'acte entier, sauf si les dispositions illégales peuvent être séparées des dispositions légales. Dans ce cas, des

²⁹² Voir Marie-Dominique HAGELSTEEN, *Qui fait quoi? Des compétences institutionnelles en évolution*, op.cit., p.141. Voir aussi Wouter P.J. WILS, *EU antitrust enforcement powers and procedural rights and guarantees: The interplay between EU law, national law, the Charter of fundamental rights of the EU and the European Convention on human rights*, Concurrences N° 2-2011, pp. 41-54.

²⁹³ http://europa.eu/legislation_summaries/other/l14549_fr.htm , 16.04.2012

dispositions jugées contraires au droit européen de l'acte sont abrogées. L'arrêt d'annulation est opposable à tous, au-delà des parties au litige. Il a, à ce titre, *autorité absolue de chose jugée*.²⁹⁴

En principe, l'annulation de l'acte a *un effet rétroactif*. Ainsi, tous les effets juridiques de l'acte disparaissent, celui-ci étant considéré n'avoir jamais existé (dans le cas d'une annulation partielle, seules les dispositions annulées sont concernées). Toutefois, la Cour de justice ou le Tribunal peut décider de limiter les effets de l'annulation.²⁹⁵

Le Tribunal de première instance est compétent pour connaître des recours directs introduits par les personnes physiques ou morales et dirigés contre les actes des institutions communautaires. Ainsi, il est compétent, par exemple, pour statuer sur la demande d'annulation de décision de la Commission introduit par une entreprise d'un État tiers concerné par une telle décision. Il est aussi compétent pour statuer sur les recours formés par les requérants privilégiés (les États membres et les institutions européennes), à l'exception de ceux réservés à la Cour de Justice.

La Cour de justice peut être saisie de pourvois limités aux questions de droit contre les arrêts prononcés par le Tribunal de première instance dans le cadre du recours en annulation. Ainsi, si l'entreprise n'est pas satisfaite avec la décision du Tribunal elle peut introduire un pourvoi. Aussi conformément à l'article 51 du statut de la Cour de Justice, certains recours, en particulier ceux formés par un État membre sur la base de l'article 263 du TFUE contre le Parlement européen et/ou contre le Conseil, sont directement introduits devant elle.

Les cours nationales des États membres peuvent poser la question préjudicielle à la Cour de Justice, y compris dans les affaires concernant l'application du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers.

Selon l'article 267 TFUE la Cour de Justice est compétente pour statuer, à titre préjudiciel:

- a) sur l'interprétation des traités,
- b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'UE.

²⁹⁴ Ibidem.

²⁹⁵ Ibidem.

Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de Justice de statuer sur cette question. Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour de Justice. Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour de Justice statue dans les plus brefs délais.

Auparavant on a pu relever un exemple de la décision préjudicielle portant sur les délimitations des pouvoirs de la Commission et des autorités nationales des États membres rendue dans le cadre de conflit issu du droit de la concurrence concernant les entreprises multinationales comme Toshiba, Mitsubishi, Fuji, Siemens, Hitachi et autres (voir l'arrêt analysés au-dessus *Toshiba c/ UOHS*).

Selon le paragraphe 3 de l'article 256 TFUE le Tribunal est aussi compétent pour connaître des questions préjudicielles, soumises en vertu de l'article 267 TFUE, dans des matières spécifiques déterminées par le statut (non encore prévues). Lorsque le Tribunal estime que l'affaire appelle une décision de principe susceptible d'affecter l'unité ou la cohérence du droit de l'UE, il peut renvoyer l'affaire devant la Cour de Justice pour qu'elle statue.

Les décisions rendues par le Tribunal sur des questions préjudicielles peuvent exceptionnellement faire l'objet d'un réexamen par la Cour de Justice, dans les conditions et limites prévues par le statut, en cas de risque sérieux d'atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit de l'UE.

Comme on l'aura remarqué, les voies de recours contre les décisions des institutions européennes sont les mêmes pour les entreprises européennes et les entreprises non-européennes, ainsi, il n'est pas nécessaire de les analyser en détails dans le cadre de cette recherche spécifique.²⁹⁶

²⁹⁶Sur les recours en droit européen voir, par exemple, Denys SIMON, Flavien MARIATTE, Dominique RITLENG, *Contentieux de l'Union Européenne 1 : Annulation, Exception d'illégalité*, LAMY, 2010, 390p. ; Denys SIMON, Flavien MARIATTE, Rodolphe MUNOZ, *Contentieux de l'Union Européenne 2 : Carence, Responsabilité*, LAMY, 2011, 292p. ; Denys SIMON, Christophe SOULARD, Anne RIGAUX, Rodolphe MUNOZ, *Contentieux de l'Union Européenne 3 : Renvoi préjudicielle, Recours en manquement*, LAMY, 2011, 385p.

§ 2. Les conséquences de non-coopération des entreprises des États tiers avec les institutions européennes.

53. On revient ici à la question concernant les conséquences de la non-coopération des entreprises non-européennes avec, cette fois-ci les institutions européennes dans le cas d'application du droit européen de la concurrence (par exemple, le non-respect des décisions de la Commission et/ou la Cour de Justice ou le Tribunal). Quelles sont les rôles de la Cour et du Tribunal si l'entreprise non-européenne ne respecte pas la décision de la Commission ? Est-il possible d'interdire l'accès sur le marché européen à une entreprise non-européenne qui ne respecte pas les décisions de la Commission ou de la Cour ou du Tribunal ?

Encore une fois, on doit constater l'absence de mécanisme d'exécution forcée extraterritoriale des décisions de la Commission et de la Cour et du Tribunal. Cependant, comme on l'a noté plus haut, les entreprises non-européennes préfèrent respecter de telles décisions, coopérer avec la Commission, et payer, s'il le faut, les amendes ou s'abstenir d'une fusion, par exemple. Pourtant, il n'existe pas en droit européen un mécanisme spécial pour s'assurer de l'application forcée extraterritoriale de ce droit.

Le Règlement N° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 22 décembre 2000 (Règlement « Bruxelles I ») ne s'applique qu'aux États membres de l'UE et aux décisions rendues par leurs organes judiciaires.²⁹⁷

La *Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale* du 1^{er} février 1971 faite à La Haye, laquelle compte seulement 5 États contractants (à savoir l'Albanie, Chypre, les Pays-Bas, le Portugal et le Koweït) ne paraît pas être un moyen très efficace de coopération internationale, vu le nombre limité des pays participants. Par ailleurs cette Convention ne s'applique pas aux décisions qui ordonnent des mesures provisoires ou conservatoires ni à celles rendues par les tribunaux administratifs (article 2).

²⁹⁷ Voir Rapport de la Commission au Parlement Européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application du règlement (CE) N° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, 21.4.2009 COM(2009) 174 final.

La *Convention sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* de 30 octobre 2007 faite à Lugano (ci-après la Convention de Lugano de 2007), qui a remplacé la *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale* de 16 septembre 1988 faite à Lugano (Convention de Lugano de 1988), ne s'applique qu'à la matière civile et commerciale et exclut explicitement les matières administratives. Les États participant sont tous les États membres de l'UE plus la Suisse, la Norvège et l'Islande. Elle s'aligne, en fait, avec le Règlement Bruxelles I. En un mot comme en cent, la Convention de Lugano de 2007 ne paraît pas non plus constituer un instrument efficace de coopération internationale dans le cas du conflit issu du droit de la concurrence.²⁹⁸

De plus, il faut prendre en considération que les Conventions précitées ne s'appliquent qu'aux décisions judiciaires, elles ne s'appliquent pas aux décisions administratives, telles que les décisions de la Commission et les décisions des autorités nationales de concurrence des États membres.

Il est aussi intéressant à savoir que la *Convention supprimant l'exigence de la législation des actes publics étrangers* de 5 octobre 1961 faite à La Haye (La Convention sur l'apostille) ne s'applique pas aux documents administratifs ayant trait directement à une opération commerciale ou douanière (article 1). En plus, l'UE ne fait pas partie de cette Convention (même si tous les États membres l'ont ratifiée), ainsi, la Convention ne s'applique pas aux décisions de la Commission européenne.

L'UE ne fait pas partie non plus de la *Convention relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale* de 15 novembre 1965 faite à La Haye (pourtant, tous les États membres sauf l'Autriche y sont parties). Cette Convention est applicable, en matière civile ou commerciale, dans tous les cas où un acte judiciaire doit être transmis à l'étranger pour y être signifié ou notifié. Toutefois, cet instrument de coopération (assez limité en soi) ne peut être utilisé que par les autorités des États membres et non par la Commission, la Cour de Justice ou le Tribunal.

²⁹⁸Pour plus d'information sur la Convention de Lugano et de Règlement Bruxelles I voir Hélène GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 4^e édition, L.G.D.J., Paris, 2010, 750p. (surtout 367-393 pp. et 503-543pp.).

Ainsi, après avoir analysé plusieurs conventions internationales, on ne voit pas la possibilité d'exequatur en dehors de l'UE et l'AELE des décisions de la Cour de Justice ou du Tribunal. La reconnaissance automatique et l'application directe des décisions de la Commission européenne hors de l'UE et l'AELE (voir l'article 55 de l'Accord sur l'Espace économique européen) ne paraît pas possible non plus. Certains autres mécanismes de coopération internationale sont analysés dans la troisième section de ce chapitre.

Section 3. La coopération internationale.

54. Après avoir analysé la procédure interne d'application du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers, il est logique de continuer avec l'étude de la procédure de la coopération internationale dans des cas où les normes internes ne suffisent pas pour s'assurer de l'application extraterritoriale du droit européen de la concurrence. Comme déjà mentionné, il n'existe pas de mécanisme unifié ou standard pour une telle coopération et par conséquent on est contraint de procéder à chaque fois au cas par cas.

Il est intéressant de noter qu'en dépit de l'absence de clarté de processus de la coopération internationale il existe très peu de littérature sur le sujet. De par l'absence de procédure universelle de la coopération, on agit sur la base d'un accord bilatéral,²⁹⁹ et il est par conséquent malaisé de présenter un tel processus de manière logique et cohérente. Ainsi, il faut chaque fois considérer l'accord bilatéral en question (si, par exemple, la Commission européenne est intéressée par une entreprise marocaine, il faut consulter l'accord entre l'UE et Maroc (analysé plus tard)).

L'approche la plus logique consiste donc à, tenter de classer d'abord les accords internationaux différents par groupes et par la suite on procédera à l'analyse des accords bilatéraux entre l'UE et les États tiers. A titre préliminaire, il faut noter que la coopération entre les autorités de concurrence s'inscrit généralement en trois temps.

La **phase de pré-enquête** (située chronologiquement avant la recherche des preuves) permet de coopérer en ciblant les marchés à contrôler par une enquête par secteur et les entreprises à cibler, de partager les pistes et les informations sur l'industrie en question et les entreprises du secteur, de localiser des preuves et les protéger. Les autorités peuvent

²⁹⁹ A part de la coopération dans le cadre de l'Accord EEE.

notifier mutuellement les actions d'investigation initiale en vue de faciliter les requêtes d'assistance future ciblées, la coordination des perquisitions, des fouilles ou des interrogatoires, voire le déplacement de fonctionnaires sur le territoire de l'autre autorité afin de mener un entretien-interrogatoire.³⁰⁰

La ***phase de l'enquête*** est une période de recherche de preuves et d'analyse de celles-ci. Les autorités peuvent coordonner les mesures d'investigation, par exemple, en faisant des perquisitions simultanées, des assignations, des demandes d'information, des interrogatoires de témoins, l'échange d'information sur l'état d'avancement de la procédure en cours, l'évaluation de l'affaire, les déplacements de fonctionnaires sur le territoire de l'autre autorité dans le but de mener des entretiens-interrogatoires de parties de nationalité étrangères pertinentes pour l'enquête des autorités de concurrence ou encore une ordonnance requérant d'une entreprise de produire certains documents en possession de ses filiales étrangères.³⁰¹

La ***phase post-enquête*** est celle de l'engagement de poursuites judiciaires, ou administratives, et de la communication des griefs ; conclue par le jugement ou la décision sur la sanction, puis son exécution. La coopération entre les autorités consiste en l'échange de preuves et d'informations que les autorités de concurrence ont obtenues, par la voie des discussions ouvertes entre enquêteurs sur le cartel, par la fourniture de copies de dossiers judiciaires publiques ou l'accès donné à des informations non publiques mais non statutairement protégées ou donnant droit à traitement confidentiel. Elle passe également par ***la coordination des inculpations, la notification des plaideurs coupable et des condamnations de sociétés étrangères***, c'est-à-dire l'adoption des décisions dans les affaires faisant l'objet d'une enquête de la part d'une autre autorité.³⁰²

§ 1. Coopération directe.

I. Les coopérations directes usuelles.

³⁰⁰ Anne M. TERCINET, *Enquêtes et coopération internationale en matière de pratiques anticoncurrentielles*, Revue Lamy de la Concurrence, Octobre-Décembre 2011, N° 29, p.125.

³⁰¹ Ibidem.

³⁰² Ibidem.

55. Les coopérations directes usuelles représentent les formes de la *coopération informelle*. Elles sont fondées sur des dispositions nationales *ad hoc* autorisant l'autorité de concurrence à coopérer directement avec ses homologues étrangères ; elles peuvent aussi être fondées sur des *accords de coopération spécifiques ou non* du droit de la concurrence ; enfin, elles peuvent prendre la forme d'une coopération et d'un échange d'information basées sur *l'autorisation donnée par une entreprise* (bénéficiaire d'une amnistie au titre d'une procédure de clémence).³⁰³

A. Pick up the phone cooperation.

55.1. Le premier type de coopération informelle est la *pick up the phone cooperation* qui se repose principalement sur la *Recommandation de l'OCDE de 1995*.³⁰⁴ Il faut dire que la Recommandation de 1995 invite à deux types de coopération : la coopération pour la mise en œuvre de la législation dans des cas d'espèce et, d'une façon plus générale, un respect mutuel et la volonté de recourir à une approche fondée sur la coopération lorsque cela est possible. Elle sert en quelque sorte de modèle d'inspiration, d'exemple aux autres accords sur la coopération dans le cadre du droit et politique de la concurrence, lesquels sont analysés plus tard dans le cadre de ce chapitre.³⁰⁵

a) Atouts. Une coopération *pick-up the phone* est rapide et efficace. Une telle coopération est très active entre les États-Unis et le Japon, entre les États-Unis et l'UE, entre les États-Unis et Israël, les États-Unis et l'Allemagne.³⁰⁶

³⁰³ Anne M. TERCINET, *Enquêtes et coopération internationale en matière de pratiques anticoncurrentielles*, Revue Lamy de la Concurrence, Octobre-Décembre 2011, N° 29, p.125.

³⁰⁴ Revised recommendation of the Council concerning Co-operation between Member Countries on Anticompetitive practices affecting International Trade, 27-28 July 1995, OECD, C(95) 130/final, 7p. Voir aussi OCDE, *Coopération efficace en matière de mise en œuvre international du droit de la concurrence: échange d'informations confidentielles et autre assistance mutuelle*, Rapport du groupe de travail n°3, DAF/CLP/WP3(94) 1.

³⁰⁵ Terry WINSLOW, *Recommandations de l'OCDE en matière de concurrence, pays en développement et éventuelles règles de concurrence de l'OCDE*, Revue sur le droit et la politique de la concurrence, 2001/1 Vol. 3, p. 127-152.

³⁰⁶ Anne M. TERCINET, *Enquêtes et coopération internationale en matière de pratiques anticoncurrentielles*, Revue Lamy de la Concurrence, Octobre-Décembre 2011, N° 29, p.125.

b) Défauts. Cependant, cette coopération est limitée. La base juridique (la Recommandation de l'OCDE de 1995) n'est pas suffisante, ce qui peut provoquer des violations des dispositions relatives au secret professionnel ou aux secrets d'affaires, et plus généralement à la confidentialité.³⁰⁷

Aussi les restrictions imposées à l'usage des informations transmises viennent de l'autorité de concurrence adressant telles informations ou du droit positif de l'État de l'autorité de concurrence recevant ces informations. Ainsi, l'usage est limité à la connaissance d'une telle information par l'autorité de concurrence. La dernière ne peut pas utiliser ladite information comme preuve devant la juridiction, ni poursuivre une personne physique. L'autorité de concurrence peut l'utiliser seulement pour des sanctions administratives à l'adresse des personnes morales.³⁰⁸

B. L'autorisation donnée par l'entreprise (partielle ou totale).

55.2. Le deuxième type de coopération informelle est basé sur *l'autorisation partielle ou totale donnée par l'entreprise*, laquelle constitue un vecteur supplémentaire d'information. Ce n'est pas un mécanisme de coopération entre autorités de concurrence. C'est une autorisation donnée par une entreprise qui fait l'objet d'une enquête, à une ou plusieurs autorités de concurrence de différents pays, d'échanger des informations (même confidentielles), obtenues de l'entreprise en cause par une des autorités de concurrence, souvent dans le cadre des procédures de clémence.³⁰⁹

a) Atouts. Une telle coopération lève évidemment l'obstacle de la confidentialité. Les échanges d'information et des preuves entre autorités de concurrence, basés sur l'autorisation donnée par les entreprises, sont utilisés aux trois stades : avant enquête, pendant de conférences téléphoniques, avec les notifications des premières mesures d'enquêtes, l'échange d'information relatives au marché pertinent, la coordination des perquisition et des interrogatoires ou entretiens, l'échange de documents confidentiels

³⁰⁷ Anne M. TERCINET, *Enquêtes et coopération internationale en matière de pratiques anticoncurrentielles*, Revue Lamy de la Concurrence, Octobre-Décembre 2011, N° 29, p.125.

³⁰⁸ Ibidem.

³⁰⁹ Ibidem.

concernant les entreprises en cause et les personnes impliquées, puis lors de l'enquête avec des échanges constatant permettant autant la coordination des mesures et des procédures afin d'éviter les conflits issus de procédures parallèles.³¹⁰

b) Défauts. Ce type de coopération provoque la nécessité d'optimiser des programmes de clémence. L'octroi d'une autorisation par le demandeur de clémence est à l'entière discrétion de celui-ci. Aucun programme de clémence ne pose comme condition l'acceptation expresse de la divulgation de l'ensemble des informations et documents à une autorité tierce. En réalité, les refus des entreprises de donner l'autorisation se justifient soit parce que les programmes de clémence ne sont pas harmonisés, l'autorité souhaitant avoir accès aux informations révélées ayant des conditions d'accès à la clémence beaucoup plus exigeantes ; soit parce que l'autre autorité n'a pas de programme de clémence (toutefois, l'hypothèse de plus en plus rare), et que cette dernière ne se soit pas engagée par écrit à ne pas poursuivre.³¹¹

II. Les accords de coopération et la coopération basée sur les dispositions internes ad hoc.

A. La coopération fondée sur des dispositions internes ad hoc.

56.1. Les accords de coopération *ad hoc* représentent les dispositions du droit national permettant à l'autorité de concurrence à coopérer directement avec d'autres autorités de concurrence à l'étranger.

a) Atouts. Les dispositions du droit national autorisant l'autorité nationale de concurrence à conclure des accords de coopération ont permis de développer de la coopération fondée sur les *Mutual legal assistance treaties (MLAT)* ou autres accords de coopération non spécifiques au droit de la concurrence (comme, par exemple, les accords de libre-échange).

³¹⁰ Anne M. TERCINET, *Enquêtes et coopération internationale en matière de pratiques anticoncurrentielles*, Revue Lamy de la Concurrence, Octobre-Décembre 2011, N° 29, p.125.

³¹¹ Ibidem.

b) Défauts. Malheureusement aucune des autorités concernées (Bundeskartellamt, Bureau de concurrence canadien, le Conseil de la Concurrence roumain ; le DoJ et la FTC peuvent conclure des accords d'assistance mutuelle permettant des échanges de preuves) disposant de telles dispositions n'a à notre connaissance cité de cas d'application.

*B. Les accords de coopération de première génération.*³¹²

56.2. Les accords de première génération sont ceux qui contiennent les normes sur la courtoisie active ou passive. Pourtant, ils ne prévoient pas les échanges des informations confidentielles.

a) Atouts. Comme on l'a mentionné ci-dessus, de tels accords contiennent des normes sur la courtoisie active ou passive applicables dans le domaine de la coopération internationale sur le droit et la politique de la concurrence.

La courtoisie (Comity) traditionnelle ou passive demande qu'un pays examine comment il lui serait possible d'empêcher que les mesures d'application de sa législation ne portent atteinte aux intérêts importants de l'autre pays, avec lequel il a conclu un accord. Un tel mécanisme peut diminuer le risque de conflits de compétences. Il est présent dans tous les accords de coopération de 1^{ère} génération.

La courtoisie (Comity) active peut être deux types:

1) *coopérative* - le pays requérant ne suspend pas son enquête ; et

2) *partagée* – le pays requérant suspend toute procédure d'enquête au profit de la ou des autorités du pays requis estimée(s) plus compétentes pour traiter la pratique en question.

Un exemple de courtoisie active partagée se trouve dans le supplément de 1998 à l'accord de coopération entre le gouvernement des États-Unis et la Commission européenne

³¹² Le premier accord de coopération en matière de concurrence était conclu entre les États-Unis et l'Allemagne en 1976 – « *Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Federal Republic of Germany relating to Mutual Cooperation Regarding Restrictive Business Practices* » 23 June 1976.

de 23 septembre 1991.³¹³ Ici la courtoisie active n'est pas une obligation mais une faculté (voit l'article IV-4 *in fine* dudit accord). On trouve l'adoption de la courtoisie active dans l'accord entre les États-Unis et l'Allemagne de 23 juin 1976, entre les États-Unis et Canada de 1995, entre les États-Unis et Israël de 1999, entre les États-Unis et l'Australie de 1999, entre les États-Unis et Brésil de 1999, et entre les États-Unis et Mexique de 2000. Aussi dans les accords conclus entre l'UE (CE) et Canada en 1999 et entre l'UE et le Japon en 2003.

On la trouve aussi (sans qu'elle soit nominée) dans l'accord entre l'UE et les États-Unis de 1991 en son article V qui prévoit que si l'une des parties estime que des actes anticoncurrentiels commis sur le territoire de l'autre affectent ses intérêts importants, la première peut demander la seconde de prendre les mesures d'application adéquates. Le pays requis doit « considérer » la demande et informer le requérant de sa décision concernant une éventuelle enquête. Une telle procédure a été utilisée pour la première fois à la demande de *DoJ* dans l'affaire *Amadeus* en 1997³¹⁴.

L'idée de courtoisie active apparaît aussi dans des recommandations de l'OCDE dès 1973 préconisant qu'un pays A ou B remédie aux pratiques anticoncurrentielles préjudiciables à A et B.³¹⁵

b) Les défauts. Il n'y a pas d'échange de l'information confidentielle dans le cadre des accords de première génération. La coopération est ainsi limitée. Néanmoins, l'existence des accords bilatéraux spécialisés dans la coopération internationale en cas d'application du droit de la concurrence est un grand progrès et même si la plupart des accords aujourd'hui représentent les accords de la première génération (ainsi, sans la possibilité spéciale

³¹³ Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant la mise en œuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence de 3 et 4 juin 1998.

³¹⁴ US DoJ Press Release, « *Justice Department Asks European Communities to Investigate Possible Anticompetitive Conduct Affecting U.S. Airlines' Computer Reservation Systems* » 28.04.1997, http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/1997/229081.htm 28.02.2012; European Commission Press release, « *Commission opens procedure against Air France for favoring Amadeus reservation system* » 15.03.1999, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/99/171&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en> 28.02.2012; OCDE, *Improving International Co-operation in Cartel Investigations*, DAF/COMP/GF(2012)6, 13.02.2012. Voir aussi Maher M. DABBAH, *The Internationalisation of Antitrust Policy*, Cambridge University Press, 2003, pp. 112-115; *Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust*, edited by Philip MARSDEN, Edward Elgar Publishing Ltd., pp. 653-665.

³¹⁵ Sur la courtoisie voir aussi John T. SOMA, Eric K. WEINGARTEN, *Multinational Economic Network Effects and the Need for an International Antitrust Response from the World Trade Organization: a Case Study in Broadcast-Media and News Corporation*, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, Vol. 21:1, 41, 2000, 112-113, 118-119pp.

d'échange de l'information confidentielle), ils sont toutefois bien utiles et permettent d'avoir une sorte de coopération organisée.

Cependant, l'existence d'un accord international multilatéral, qui peut assurer un autre degré de sécurité juridique³¹⁶ pour les entreprises, est plus désirable, car aujourd'hui les entreprises multinationales, les entreprises les plus modernes et efficaces, doivent prendre en considération plusieurs normes du droit de la concurrence, qui varient d'un pays à l'autre, de même que l'absence ou l'existence des accords bilatéraux, en même temps, certains entreprises peuvent profiter de l'absence d'accords de coopération ou même de celle du droit de la concurrence dans certains pays. Ainsi, l'existence d'un forum global (comme, par exemple, OMC), dans le cadre duquel l'accord international peut être adopté, serait plus adapté à la protection de la concurrence mondiale et des intérêts des consommateurs.

C. Les accords de seconde génération.

56.3. Les accords de seconde génération sont les accords les plus avancés dans le domaine de la coopération, ils prévoient surtout l'échange des informations confidentielles.

a) *Les atouts.* Le plus grand atout de ces accords est, évidemment, la possibilité d'échange d'information confidentielle. Le premier accord de ce type est celui conclu entre les États-Unis et Australie de 1999 (*Antitrust Mutual Enforcement Assistance Agreement* (AMEAA)).³¹⁷

L'échange d'informations confidentielles est prévu à l'article 4-4 de l'accord entre le gouvernement du Japon et le gouvernement des États-Unis concernant la Coopération en

³¹⁶ Sur la notion de la sécurité juridique voir, par exemple, Jean-Paul JACQUÉ, *Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques*, Revue française de droit constitutionnel 1/2007 (n° 69), p. 3-37, www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2007-1-page-3.htm ; Philippe Malaurie, *L'intelligibilité des lois*, Pouvoirs 3/2005 (n° 114), p. 131-137, www.cairn.info/revue-pouvoirs-2005-3-page-131.htm ; Dominique J.M. SOULAS de RUSSEL, Philippe RIMBAULT, *Nature et racines du principe de sécurité juridique: une mise à point*, Revue internationale de droit compare, Vol. 55 N° 1, 2003, pp. 85-103. Voir aussi Elodie BORDES, *Radioscopie jurisprudentielle du principe de sécurité juridique*, VIII Congrès national de l'A.F.D.C., Nancy, 16-18 juin 2011, <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN7/bordesTD7.pdf>.

³¹⁷ A cette époque les sanctions en droit australien étaient de nature administrative et pas pénale comme maintenant.

matière d'activités anticoncurrentielles. On trouve aussi la même disposition dans l'article 4-4 de l'accord entre le gouvernement du Japon et l'UE concernant la coopération en matière de pratiques anticoncurrentielles de 10 juillet 2003 (voir Annexe 2).

b) Les défauts. Le défaut de tels accords est clair : tous les pays n'ont pas dans leurs dispositions de tels accords. Cependant, comme on a mentionné auparavant, même les accords bilatéraux les plus développés ne peuvent pas substituer un accord multinational qui aurait pu poser les mêmes règles du jeu pour tout le monde en prévenant ainsi les abus de toutes sortes et garantissant aux entreprises un niveau de sécurité juridique important.

D. Les accords entre l'UE (ou la Commission européenne) et les pays tiers (ou leurs autorités nationales) et les associations régionales et les autres concernant la coopération dans le domaine du droit de la concurrence.

57. Actuellement il existe 77 pays qui disposent d'une autorité nationale de la concurrence. En outre, cinq associations régionales (Communauté andine, CARICOM, COMESA, SIECA et EEA) ont leurs autorités de concurrence. Enfin, les îles Féroé, Jersey, Taiwan, le Groenland et la Bande de Gaza et les Territoires Palestiniens ont leur autorité de concurrence. Il existe aussi un accord général contenant des normes concernant le droit et la politique de la concurrence entre les îles Féroé et l'UE (*Accord entre la Communauté européenne, d'une part, et le gouvernement du Danemark et le gouvernement local des îles Féroé de 6 décembre 1996*)³¹⁸, de même qu'un accord entre la Bande de Gaza et les Territoires Palestiniens et l'UE.

Avec certains pays, l'UE a des accords dédiés spécialement à la coopération dans le cadre du droit et de la politique de la concurrence ; avec d'autres pays (associations ou territoires) on a les accords généraux contenant des normes sur le droit et la politique de la concurrence. Certains accords sont conclus par l'UE elle-même, certains, par la Commission européenne.

³¹⁸ JO L53 22.02.1997 p.2.

Ainsi, on présente dans les Annexes à la thèse le tableau contenant tous les accords, à notre connaissance,³¹⁹ entre l'UE (dont certains sont au nom de la Commission européenne) et les pays tiers (dont certains sont au nom de leurs autorités nationales de concurrence).

E. Accord spécial : l'Accord sur l'EEE.

58. L'Accord sur l'EEE (Espace économique européen) est entré en vigueur en 1994 entre les Communautés européennes, tous les États membres de l'UE et tous les États membres de l'AELE (Association européenne de libre-échange) hormis la Suisse, laquelle n'avait pas ratifié l'accord sur l'EEE. Depuis l'intégration en 1995 dans l'Union européenne de l'Autriche, de la Suède et la Finlande, les membres AELE de l'EEE sont l'Islande, la Norvège et le Liechtenstein. Le but de l'Accord sur l'EEE est d'établir un Espace économique européen dynamique et homogène, fondée sur des règles communes et des règles équitables de concurrence. Les articles 53 à 64 de cet accord contiennent des règles de concurrence similaires à celles contenues dans le TFUE.

L'existence de cet accord a pour conséquence l'existence parallèle de deux systèmes de droit de concurrence. Si la concurrence entre au moins deux États membres de l'AELE (sauf la Suisse) ou entre un ou plusieurs desdits États et un ou plusieurs États membres de l'UE est affectée, c'est l'accord sur l'EEE qui s'applique. Si la concurrence est mise en danger entre deux ou plusieurs États membres de l'Union européenne, c'est le TFUE qui s'applique.

Cette dualité se retrouve au point de vue juridictionnel, puisque les articles 56 et 57 de l'Accord sur l'EEE et ses protocoles répartissent la tâche d'appliquer les dispositions concurrentielles de cet accord entre la Commission européenne et l'Autorité de surveillance de l'AELE, elle-même supervisée par la Cour de justice de l'AELE. La Commission Européenne jouit d'une compétence exclusive pour traiter les fusions de dimension européenne (telles que définies par le Règlement sur les fusions). Quant à la coopération entre la Commission et l'Autorité de surveillance de l'AELE, elle est gouvernée par les protocoles 23 (accords et abus de position dominante) et 24 (concentrations) de l'Accord sur l'EEE.

³¹⁹ Basé sur les données présentées par la Commission : <http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral/index.html> 18.06.2012.

E. En guise de conclusion. L'efficacité des accords bilatéraux.

59. Les accords entre l'UE et les pays tiers concernant la coopération dans le domaine du droit de la concurrence peuvent être distingués entre les accords bien détaillés et prévoyant certains mécanismes de coopération et les accords dépourvus de tels mécanismes.

Dans la première catégorie peuvent être inclus les accords avec l'Afrique du Sud, l'Algérie, le Chili, la République populaire de Chine, la Corée du Sud, les États-Unis, le Japon, le Mexique, le Maroc, la Russie et l'accord avec la Suisse concernant le transport aérien.

Les accords avec la Russie et la Chine vont être analysés dans deux chapitres consacrés à la coopération avec ces deux pays, car ils représentent deux exemples les plus illustratifs d'adoption du modèle pro-européenne du droit et de la politique de la concurrence (voir paragraphes 118 et s.). Ainsi, dans le cadre de ce chapitre seront examinés brièvement les accords les plus importants avec les autres pays nommés ci-dessus.

L'accord avec l'Algérie prévoit les mécanismes de notification, d'échange des informations non-confidentielles ou confidentielles avec la permission de la source, de coordination des mesures d'application forcée du droit de la concurrence (cependant, une telle coopération n'est pas un obstacle à l'adoption de décisions autonomes par les autorités de concurrence (voir l'article 5 point 1)), de consultations et de coopération technique.

Les accords avec le Chili et le Maroc prévoient les mêmes mécanismes. L'accord spécial avec la Corée du Sud rajoute le mécanisme de la courtoisie passive et active (les articles 5 et 6). On observe une approche analogue dans le cadre des accords avec le Mexique, la Russie et l'Afrique du Sud. L'accord avec le Japon possède les mêmes mécanismes. Cependant, l'accord avec le Japon a une exception très importante par rapport aux accords avec autres, à savoir une disposition claire prévoyant l'échange des informations confidentielles (article 4 paragraphe 4).

L'accord d'association avec la Turquie est assez spécifique dans la mesure où il prévoit l'approximation de la législation de Turquie avec la législation européenne dans le

cadre de l'Union douanière (article 39 – 43), comme elle est candidate aux membres de l'UE. Les accords avec la Croatie et la Macédoine, qui sont aussi les pays candidats à l'UE, contiennent les mêmes dispositions (articles 69 et 68 respectivement).

Il est intéressant de noter que les accords avec l'Arménie (article 43) et la Moldavie (article 50) disposent de normes identiques, pourtant ces pays ne sont pas des candidats à l'accession à l'UE.

Les accords avec les États-Unis sont les plus riches en normes. L'accord entre le gouvernement des États-Unis et la Commission européenne de 1991 suit la même logique que les accords de l'UE avec la Corée du Sud, le Japon, le Mexique, la Russie et l'Afrique du Sud. Pourtant, il existe un accord à part sur la courtoisie dans l'application forcée des lois de concurrence américaines et européennes, à savoir l'accord supplémentaire à celui de 1991. Il prévoit en détails le mécanisme de la courtoisie (*positive comity*). Il ne faut pas oublier aussi les « *Best Practices on Cooperation in Merger Investigations* » de 2011 qui décrivent de manière très détaillée les communications entre les autorités américaines et européennes, la coordination sur le calendrier prévisionnel de leurs investigations, la collection et l'évaluation des preuves, la prise des décisions et l'imposition des amendes par les autorités.

Selon les « *Best Practices on Cooperation in Merger Investigations* » les communications entre les agences en charge du contrôle d'application du droit de la concurrence se passe de la manière suivante.

Les agences en charge du contrôle, par l'intermédiaire de leurs agents de liaison ou par tout autre moyen, doivent se prévenir mutuellement lorsqu'elles apprennent l'existence d'une fusion sujette à un contrôle à la fois dans l'UE et les États-Unis. Ainsi, en de pareils cas, le chef de section du *Department of Justice* concerné et le Chef d'unité de la DG Concurrence (ou leurs mandataires) doivent chercher à trouver un accord sur un calendrier prévisionnel pour des consultations inter-agences régulières, lesquelles doivent prendre en compte la nature et l'époque de la fusion. Ces consultations sont particulièrement utiles aux moments-clés de l'enquête, en particulier a) avant que l'agence américaine compétente ne clôtüre l'enquête ou n'émette une deuxième requête b) pas plus tard que trois semaines après que l'Union européenne commence une enquête de Phase I c) avant que la Commission européenne n'ouvre une enquête de Phase II ou n'autorise la fusion sans ouvrir une telle enquête d) avant que la Commission européenne n'ouvre une enquête de Phase II sans

émettre de communication des griefs ou avant que la DG Concurrence n'émette une communication des griefs e) avant que la section du *Department of Justice* ou que la division de la FTC concernées ne fasse parvenir leur recommandations à leurs dirigeants f) au commencement des négociations avec les entités dont la fusion est considérée et g) avant la décision finale de l'agence en charge du contrôle d'interdire la fusion.

Pour faciliter cette coopération, chaque agence devrait désigner une personne de contact responsable, entre autres, établir un calendrier pour les communications entre les équipes chargées des enquêtes, discuter avec les entités envisageant leur fusion la possibilité de coordonner les calendriers des enquêtes et coordonner la collecte d'informations.

Les « *Best Practices on Cooperation in Merger Investigations* » prévoient aussi la coordination des calendriers des agences de la concurrence. Ainsi, la coopération entre les agences américaines et la DG Concurrence quant aux fusions pertinentes pour les deux juridictions est encore plus efficace quand leurs calendriers prévisionnels permettent une communication fructueuse tout au long du processus d'examen de la fusion, et surtout lors de ses moments-clés, et c'est la raison pour laquelle les deux côtés doivent se tenir informés de leurs besoins en terme de calendrier. En particulier, les agences de contrôle doivent tenter de coordonner les étapes de leurs enquêtes, par exemple en organisant des réunions communes avec les parties désirant fusionner et les autorités de concurrence américaines et européenne afin de discuter le calendrier des enquêtes. Ces entités fusionnantes sont encouragées à leur communiquer les informations pertinentes à la fusion, notamment les noms et activités de ces entités, les zones géographiques où elles conduisent leurs activités, le ou les secteur(s) en jeu, le ou les autre(s) juridiction(s) où elles désirent proposer, ou ont proposé leur fusion pour approbation avec les dates réelles ou anticipées de ces propositions, et toutes matières en rapport avec la fusion.

Les agences en charge du contrôle et les entités fusionnantes doivent se préparer à discuter des façons dont les calendriers peuvent être coordonnés, en accord avec les exigences des droits américain et européen. Une option rendue disponible à cet effet aux entités est de proposer leur projet aux entités européennes et américaines en parallèle. Elles peuvent également utiliser les souplesses en termes de calendrier disponibles après l'émission d'une deuxième requête et l'ouverture d'une enquête de Phase II dans l'UE, par exemple en concluant un accord sur le calendrier avec les autorités américaines (en fonction

de la date à partir de laquelle les parties peuvent certifier que la conformité au droit de la concurrence est assurée) et demander une extension de la période d'examen d'une durée maximale de vingt jours ouvrés. Néanmoins, il faut bien remarquer que si les procédures parallèles aux États-Unis et dans l'UE sont si peu synchronisées qu'une décision finale dans une des deux juridictions est rendue avant que la fusion soit notifiée aux autorités compétentes de l'autre, toute possibilité de coopération s'évanouit.

Concernant le recueil et l'évaluation des preuves, les « *Best Practices on Cooperation in Merger Investigations* » donnent les directions suivantes. Dans les affaires qui soulèvent l'intérêt dans les deux juridictions, les agences en charge du contrôle devraient coordonner leurs efforts, sans doute dès la phase de pré-notification à la DG Concurrence. Cette coordination pourrait comprendre le partage des informations disponibles au public et, dans la limite des obligations de confidentialité des agences concernées, des discussions sur les analyses respectives de ces agences à diverses étapes de l'enquête. A cet effet, les agences en charge du contrôle devraient encourager les parties fusionnantes ainsi que les tiers concernés à consentir à des renoncements au droit à la confidentialité, comme l'usage s'en est répandu récemment.

Ces discussions peuvent porter, par exemple, sur les définitions du marché pertinent, sur l'évaluation des effets sur la concurrence, sur les théories économiques applicables, les moyens empiriques de tester lesdites théories, les remèdes à apporter et les enquêtes et affaires antérieures pertinentes. Les agences en charge du contrôle peuvent discuter des demandes d'information adressées aux parties fusionnantes ainsi qu'aux parties tierces. Les parties fusionnantes sont également encouragées, le cas échéant, à mettre en œuvre des présentations ou à s'entretenir conjointement avec les autorités des deux juridictions.

Enfin, les « *Best Practices on Cooperation in Merger Investigations* » traitent de la question des remèdes et de la faculté de transiger. Selon les « *Best Practices* » la coopération est également fort utile quand les fusions entraînent des remèdes juridiques dans les deux juridictions. Et même si le marché pertinent n'existe que dans une autre juridiction ou si les effets de la fusion sur la concurrence ne sont pas identiques dans les deux juridictions, les remèdes proposés dans une de ces deux juridictions peuvent être liés à, dépendre de, ou avoir un effet sur ceux offerts sur l'autre juridiction. Il est donc nécessaire pour ces agences, dans le contexte de leurs responsabilités respectives, de s'assurer que ces

remèdes ne soient pas en totale incohérence avec ceux décidés par leurs confrères de l'autre côté de l'Atlantique.

En outre, la coopération dans cette matière précise peut prendre la forme d'une proposition d'un ensemble unique de solutions aux problèmes relevés par les deux agences de contrôle, ce qui est parfaitement faisable par exemple si les remèdes consistent en une scission ou certaines garanties intérimaires. On peut également envisager la désignation d'un administrateur ou d'un mandataire ad hoc unique ou un accord sur un même acheteur pour les actifs objets de la scission ; en tout état de cause, les parties fusionnantes ont un rôle important à jouer dans le succès de cette coopération.

La nécessité d'une coopération est particulièrement évidente quand la Commission et l'agence américaine compétente sont essentiellement d'accords sur le remède juridique mais pas sur les moyens de le mettre en œuvre. Par exemple, il y a accord sur le principe d'une scission, mais les Américains veulent imposer immédiatement un acquéreur alors que les Européens souhaitent laisser aux parties fusionnantes le choix dudit acquéreur. Les deux autorités peuvent discuter du meilleur choix et les parties proposer leur choix en temps utile afin d'éviter le risque d'incohérence entre les deux juridictions.

Les accords avec les autres pays (non analysés au-dessus) ont un caractère très général et ne contiennent pas de normes sur les mécanismes de coopération. Toutefois, ils peuvent servir comme la base de coopération, mais il faut prendre en considération qu'en soi ils ne prévoient pas les instruments de l'aide mutuelle et de l'activité commune (comme, par exemple, la coopération pendant l'investigation, les consultations concernant la fusion qui concerne le marché européen et celui de pays tiers, etc.).

III. Coopération au sein de l'International Competition Network.

60. L'International Competition Network ou en français le *Réseau International de la Concurrence* (« REI »)³²⁰ est un réseau informel d'organisations de droit de la concurrence dont la mission est de traiter des problèmes d'application du droit de la concurrence et de

³²⁰ <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/> Voir aussi *Handbook of Transnational Governance. Institutions and Innovations*, edited by Thomas HALE and David HELD, Polity Press, 2011, 80-88pp.

politique concurrentielle et de formuler des propositions consensuelles en matière de procédure et de droit matériel, l'accent du REI étant mis sur les résultats à obtenir.³²¹

Les activités du REI prennent place sur une base volontaire et dépendent de la coopération entre ses membres et de leur bonne volonté, ainsi que de ses relations efficaces avec leurs conseillers non-gouvernementaux (« CNG ») et d'autres organisations internationales travaillant dans le même domaine.³²²

Puisque le travail du REI est axé sur ses projets, il décide, au cours de réunions organisées régulièrement, des projets qu'il envisage de poursuivre et adopte un plan de travail en conséquence. *A contrario*, le REI ne se propose pas de remplacer les organisations existantes ou de coordonner leur travail, ni de créer de nouvelles régulations. Le REI permet à ses membres de maintenir un contact régulier, notamment au moyen de conférences annuelles et d'ateliers organisés régulièrement.³²³

Lorsque le REI est parvenu à un accord sur des recommandations à formuler quant à un projet particulier, ses membres choisissent la façon dont ils souhaitent mettre en œuvre ladite recommandation, par exemple par des dispositions unilatérales, bilatérales ou multilatérales.³²⁴

Les membres du REI sont des agences en charge de la concurrence, nationales ou multinationales. Le REI cherche à coopérer étroitement avec d'autres organisations similaires, telles l'OCDE, la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, la Banque Mondiale, la Banque inter-américaine de développement et la Coopération économique Asie-Pacifique, lesquelles sont conviées à désigner des représentants auprès du REI.³²⁵

Malheureusement, comme on l'a noté auparavant la coopération au sein du REI et les recommandations du REI représentent une forme de *soft-law*. Ainsi, de tels instruments ne garantissent pas un degré de sécurité juridique satisfaisant, surtout pour les entreprises. Le REI est, évidemment, une organisation internationale très intéressante et importante pour les agences de la concurrence d'aujourd'hui, mais sans la transformation de son *soft-*

³²¹ Voir *International Competition Network Operational Framework*, adopted by ICN members: February 13, 2012. Voir aussi *ICN Factsheet and Key Messages*, April 2009, accessible at <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>

³²² Ibidem.

³²³ Ibidem.

³²⁴ Ibidem.

³²⁵ Ibidem. Voir aussi Eduardo Pérez MOTTA, *My Roadmap as ICN Chair*, accessible at <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>

law en règles contraignantes elle ne pourra pas répondre aux besoins des entreprises multinationales et des marchés de demain, car chaque jour il y a aura de plus en plus d'entreprises actives non seulement sur leurs marchés d'origine, mais aussi sur plusieurs marchés étrangers, ainsi, ayant besoin pour les règles de la concurrence plus homogènes et standardisées.

§ 2. Coopération indirecte.

61. Le deuxième type de coopération internationale qu'on analyse est la coopération indirecte qui se déroule principalement via les instances judiciaires et via les autorités de police. Ainsi, on poursuit l'examen détaillé de ces deux types de coopération indirecte.

I. Les coopérations via les instances judiciaires.

A. Mutual legal assistance treaties.

61.1. Les *Mutual legal assistance treaties* (« MLAT ») sont des traités de coopération en matière pénale par lesquels les parties s'engagent à une assistance mutuelle dans l'obtention de preuves situées sur le territoire de la partie recevant la demande, pour les besoins de l'application et du respect du droit de la partie requérante. Une telle coopération indirecte passe par l'intermédiaire de l'autorité judiciaire : une coopération entre autorités judiciaires pour le compte des autorités de concurrence.

a) Les atouts. Les MLAT permettent d'obtenir de l'autre partie des déclarations, des témoignages comme des documents et des enregistrements localisés sur le territoire de cette partie, de faire procéder à des citations, mais aussi à des perquisitions et des

arrestations, dans le but de permettre une mise en œuvre efficace de son droit national de la concurrence et vice versa si dans le cas, le rapport est équilibré.³²⁶

b) Les défauts. Certains MLAT excluent de leur champ le droit de la concurrence (par exemple, MLAT entre les États-Unis et la Suisse et MLAT entre le Canada et l'Allemagne). D'autres MLAT disposent que l'applicabilité est liée à la double qualification pénale, alors que d'autres ne le prévoient pas (par exemple, le MLAT entre les États-Unis et l'Italie et MLAT entre les États-Unis et l'Espagne).

Peu d'autorités de concurrence ont accès à ce type de mécanismes en matière de la lutte contre les cartels, en raison de différences de statuts juridiques de ces pratiques anticoncurrentielles.

La procédure est souvent très longue.³²⁷ Le développement de MLAT (les États-Unis ont plus de 50 MLAT³²⁸) pose la question de leur effet sur des programmes de clémence. En vue de pouvoir de profiter vraiment de programmes de clémence il appartient à nouveau aux entreprises de maîtriser avec la perfection les procédures de clémence afin de notifier tous les États concernés en parallèle.

B. La commission rogatoire.

61.2. C'est un mécanisme international d'entraide judiciaire présente l'avantage d'être utilisé au civil et au pénal. Il est disponible en Allemagne, en Australie, au Canada, au Brésil, aux États-Unis, en Hongrie et au Japon.³²⁹

a) Les atouts. Le DOJ présente ce mécanisme d'assistance à l'étranger en l'absence de traité ou accord spécifique. Aux États-Unis le juge présente la commission rogatoire à son

³²⁶ Un refus est opposable pour des raisons *d'atteinte à ses intérêts essentiels, à sa sécurité, à une politique publique cruciale* ou si cela interfère avec ses *propres enquêtes pénales* en cours. Voir Anne M. TERCINET, *Enquêtes et coopération internationale en matière de pratiques anticoncurrentielles*, op.cit., p.132.

³²⁷ Voir Anne M. TERCINET, *Enquêtes et coopération internationale en matière de pratiques anticoncurrentielles*, op.cit., p.132.

³²⁸ *Antitrust Division Manual*, chapter 7, 4th edition, September 2008, <http://www.justice.gov/atr/public/divisionmanual/atrdivman.pdf> 01.03.2012; US/EU Agreement on Mutual Legal Assistance de 25 Juin 2003 entrée en vigueur le 1^{er} février 2010.

³²⁹ Voir Anne M. TERCINET, *Enquêtes et coopération internationale en matière de pratiques anticoncurrentielles*, op.cit., p.132.

homologue étranger par la voie diplomatique (ce qui est assez lente). Si tout se passe bien, le dernier l'examinera puis acceptera la demande.

b) Les défauts. La Commission européenne, en tant qu'autorité administrative, ne peut pas utiliser ce mécanisme. Elle peut demander à obtenir des renseignements par lettre simple sans possibilité de sanction en cas de refus ou par décision formelle, ce qu'elle n'utilise que lorsque l'entreprise a une implantation sur le territoire européen.³³⁰ Les procédures sont plus lentes que MLAT, le processus peut prendre un an et les informations obtenues sont non confidentielles.³³¹

II. La coopération via les autorités de police (Interpol).

62. La pénalisation du droit de la concurrence permet de profiter plus de mécanismes de droit international public. L'assistance mutuelle via Interpol peut se passer au stade de la pré-extradition dans le cadre de la pénalisation de la lutte contre les cartels. Elle peut être utilisée au stade de la pré-extradition. Interpol diffuse des notices contenant les éléments d'identification et les informations judiciaires relatives aux personnes recherchées.³³²

a) Les atouts. L'aide d'Interpol peut être cruciale si, par exemple, le dirigeant recherché par une autorité nationale afin d'être jugé ou d'exécuter sa peine, en refusant de se présenter devant la juridiction demanderesse ou de soumettre à la peine d'emprisonnement prononcée, empêche le travail de l'institution judiciaire et, à travers elle, la politique de concurrence.

Environ 80 pays reconnaissent à la notice rouge d'Interpol la valeur juridique d'une demande d'arrestation provisoire sur la base de notice elle-même ou sur celle d'une convention bi-(ou multi-)latérale d'extradition, même si juridiquement elle ne constitue pas un mandat d'amener.

³³⁰ Voir Anne M. TERCINET, *Enquêtes et coopération internationale en matière de pratiques anticoncurrentielles*, op.cit., p.133.

³³¹ Voir ICN Cartels Working Group, Subgroup 1, General Framework, Co-operation between competition agencies in cartel investigations, Report to the ICN Annual Conference, Moscow, mai 2007, pp. 17, 23, 37.

³³² <http://www.interpol.int/Crime-areas/Fugitive-investigations/Fugitive-investigations> , 06.03.2012

L'assistance via Interpol prend une nouvelle résonance plus forte depuis février 2010 : la date d'entrée en vigueur du traité d'extradition entre les États-Unis et l'UE et aussi la date quand, pour la première fois le DoJ, a obtenu l'extradition effective d'un ressortissant étranger en matière antitrust.³³³

b) Les défauts. La coopération via Interpol ne peut être utilisée que dans les affaires pénales contre les personnes physiques.

63. Aussi, en guise de conclusion, il faut noter que la coopération au sein de **Réseau européen de la concurrence** reste un cas atypique, car il s'agit d'une coopération régionale, unique au niveau international, qui représente en même temps la coopération horizontale et la coopération verticale.³³⁴

En fait, la coopération au sein du REC se heurte à une définition de la confidentialité variable d'un droit à l'autre. La question de l'admissibilité des preuves eu égard au droit de l'autorité de concurrence recevant l'information, la difficulté que constitue la différence de nature juridique selon les territoires et celle plus grande du respect des droits de la défense sont répétitives et cruciales. De même, la difficulté de balance entre les politiques de clémence et la coopération entre les autorités de concurrence est grande et il est difficile que l'une ne contredise pas l'autre.³³⁵

Il est intéressant de noter que l'idée de pénalisation du droit de la concurrence dans l'UE se discute de plus en plus.³³⁶ Un tel débat peut être lié, entre autres, à la nécessité

³³³ House of Lords, 24.02.2010, *Norris c/ Government of USA* [2010]UKSC 9.

³³⁴ Voir Anne KRENZER, *La coopération des autorités de concurrence en matière d'inspections dans l'UE*, Revue Lamy de la Concurrence, N 29, Octobre-Décembre 2011, 135-137pp.

³³⁵ Anne M. TERCINET, *Enquêtes et coopération internationale en matière de pratiques anticoncurrentielles*, op.cit., p.135.

³³⁶ Sur la criminalisation du droit de la concurrence voir, par exemple, Christopher HARDING, *A Pathology of Business Cartels/ Original Sin or the Child of Regulation ?*, New Journal of European Criminal Law, Vol.1. Issue 1, 2010, pp.44-58; Scott CROSBY, *Broadening the Definition: Why We Need to Discuss Cartels, Corruption and the Moral Question*, New Journal of European Criminal Law, Vol.1. Issue 2, 2010, pp.127-131; John M. CONNOR, Albert A. FOYER, Simcha UDWIN, *Criminalizing Cartels: an American Perspective*, New Journal of European Criminal Law, Vol.1. Issue 2, 2010, pp.199-217; Caron BEATON-WELLS, Fiona HAINES, *The Australian Conversion: How the Case for Cartel Criminalisation Was Made*, New Journal of European Criminal Law, Vol.1. Issue 4, 2010, pp. 499-521; Takayuki SUZUKI, *The Function of Criminal Punishment Under the Antimonopoly Act of Japan*, New Journal of European Criminal Law, Vol.2. Issue 1, 2011, pp. 45-58; Carlos MENA-LABARTHE, Carla AROZARENA-BALESTRA, *Adoption of Criminal Penalties for Hard Core Cartels in Mexico*, New Journal of European Criminal Law, Vol.2. Issue 2, 2011, pp. 148-159; Matjaz JAGER, *Too Many Cooks Spoiling the Broth: Parallel Administrative/Criminal Law Enforcement Against "Hard Core" Cartels in Slovenia*, New Journal of European Criminal Law, Vol.2. Issue 3, 2011, pp. 287-300; Elena A. KREMYANSKAYA, *Cartels in Russia: Fight Chronicles. Way to Success*, New Journal of European Criminal Law, Vol.2. Issue 4, 2011, pp. 426-439. Voir aussi Benjamin CHEYNEL, *Criminal enforcement du droit de la concurrence: un risque concurrentiel émergent*, Revu Lamy de la Concurrence, Janvier-Mars 2010 N°22, 146-151pp. Voir également Christopher HARDING, Julian JOSHUA,

d'investigations transnationales apparaissant de plus en plus souvent dans le monde des affaires mondial, et comme les mécanismes des investigations internationales ne sont pas prévu par le droit de la concurrence, le droit pénal avec l'Interpol les propose. Ainsi, la pénalisation du droit européen de la concurrence pourrait donner accès aux tous les mécanismes de coopération international prévu par le droit pénal (y compris, évidemment, Interpol).

On reste pourtant sceptique à l'idée de pénaliser le droit européen de la concurrence (même si les États-Unis ont pénalisé le droit antitrust en 1890 avec l'introduction de *Sherman Act* (Section 2)). On préfère que le droit pénal se borne à sanctionner le comportement où les liens entre le dommage est l'acte illicite et entre l'acte illicite et la personne qui a causé un tel dommage restent clairs et évidents, quand on peut littéralement voir le dommage (par exemple, 1 million d'euro est volé, 1 victime est tué, etc.) ; en outre un tel dommage doit représenter le danger extrême au bon fonctionnement de la société-même (meurtre, vol, destruction de la propriété publique etc.), parce que les sanctions pénales sont les mesures ultimes de la société pour restaurer l'équilibre naturel qui était perturbé par le crime. Dans les cas des conflits issus du droit de la concurrence les liens entre la personne causant le dommage, l'acte illicite, le dommage en soi sont flou. Est-ce le directeur de la société qui est responsable ou la société elle-même ? On peut trouver les arguments pour deux propositions. En plus, souvent il est difficile d'avoir le dommage *tangible* dans les conflits issus du droit de la concurrence.

On discutera dans un des chapitres suivantes le principe « *non bis in idem* » originaire du droit pénal et non-applicable dans le cas d'application du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers (voir paragraphe 66 et s.). Ainsi, la pénalisation du droit de la concurrence pourrait être aussi la réponse au problème de multiples poursuites des entreprises. Toutefois, dans ce cas-là une telle pénalisation doit être aussi internationale, ce que n'est pas le cas pour le moment. Aussi il faudra avoir la responsabilité pénale prévu pour les entreprises (et non seulement pour les dirigeants) pour qu'on puisse appliquer le principe « *non bis in idem* ».

Conclusion.

64. On observe encore une fois une nécessité forte pour une coopération internationale plus efficace, plus claire et structurée. Jusqu'à maintenant les entreprises obéissaient aux décisions étrangères (dans le cas en question : européennes) et les respectaient, mais *de jure* rien ne les oblige à continuer ce comportement *bona fide*, et les mécanismes de coopération internationale sont très rudimentaires et peu transparents.

L'approche de la Commission peut être résumée dans la phrase citée dans l'épigraphe : « *J'ai le droit d'exiger l'obéissance, parce que mes ordres sont raisonnables* » (Petit Prince). Il est vrai que les « ordres » de la Commission ne sont jamais sans raison. Ils sont toujours fondés sur les normes du droit, mais il n'y a pas le mécanisme sûr et unifié d'application forcée des décisions de la Commission (ou de la Cour de Justice ou du Tribunal) pour ceux qui ont le point de vue différent sur ce qu'est raisonnable ou pas.

Ainsi, on reste fidèle à l'idée de la conclusion d'un accord international sur la concurrence qui pourra aussi prévoir le mécanisme de coopération dans les cas d'investigations transnationales et de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et administratives en matière de la concurrence. Cette proposition est analysée en détails dans la troisième partie de la thèse.

On revient toujours à l'idée de la sécurité juridique désirée par chaque entreprise. On a observé l'absence d'une telle sécurité au niveau international en cas du conflit transnational issu du droit de la concurrence des pays différents. Les apparitions plus fréquentes des entreprises multinationales, le développement du commerce international, la naissance du marché global militent tous pour l'élaboration d'un droit international de la concurrence dans le but d'assurer la concurrence efficace partout dans le monde et protéger les consommateurs dans chaque pays.

Titre II. LES PROBLÈMES ISSUES DE L'APPLICATION DU DROIT EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE AUX ENTREPRISES DES ÉTATS TIERS.

65. Cette partie de la recherche est consacrée aux conflits possibles entre le droit de la concurrence et les autres domaines du droit, particulièrement, le conflit bien connu entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle et le conflit possible entre le droit européen de la concurrence et le droit international privé, ainsi qu'à la significations de ces conflits pour les entreprises des États tiers présentées sur le marché européen. Certains auteurs analysent aussi, par exemple, l'interaction entre le droit européen de la concurrence et le droit des obligations, d'une part, et entre le droit européen de la concurrence et le droit de la responsabilité civile d'autre part³³⁷.

En prenant en considération l'attention particulière portée aux problèmes des entreprises des États tiers sur le marché européen, on limite la présente recherche aux questions spécifiques à ce domaine, à savoir le conflit entre le droit de la propriété intellectuelle (lequel est protégé et réglementé sur le plan international, particulièrement, par l'accord ADPIC au sein de l'OMC) et le droit de la concurrence (auquel aucun accord international n'a encore été consacré), le possible conflit entre le droit international privé et le droit européen de la concurrence³³⁸ et aux relations entre le droit de l'OMC et le droit européen de la concurrence.

Néanmoins, avant de commencer l'analyse des différents domaines de droit, on doit se demander si, dans le domaine du droit de la concurrence, les conflits entre les lois concurrentielles de niveau différent (national, européen, étranger) sont possibles. S'il n'y a pas de conflit direct, peut-on appliquer simultanément ou successivement le droit de la concurrence de ces trois niveaux à la même entreprise d'un État tiers ayant une activité économique sur le marché européen pour la même infraction ? Le fameux principe « *non bis in idem* » sera-t-il applicable dans une telle situation ? Ainsi, avant de commencer l'examen

³³⁷ Voir Philippe LOGELAIN, *Competition Law: Self-assessment of Contracts. Interaction of EU Competition Law with Contract Law and Tort Law*, Larcier, 2011, 165p.

³³⁸ Voir, par exemple, les matériaux de la conférence "*International Antitrust Litigation. Conflict of Laws and Coordination*", organisée par Jürgen BASEDOW, Stéphanie FRANQ, Laurence IDOT, Brussels, 26.03.2010. Voir aussi le livre publié suite à la conférence "*International Antitrust Litigation. Conflict of Laws and Coordination*", edited by Jürgen BASEDOW, Stéphanie FRANQ, Laurence IDOT, Hart Publishing, Oxford, 2012, 460p.

des relations entre différents domaines du droit, il est nécessaire d'analyser l'application simultanée et/ou successive des lois concurrentielles de trois niveaux différents : national des États membres, européen, et national des États tiers.

En ce qui concerne le chapitre sur les interactions entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence, intuitivement il est clair que ces deux domaines du droit doivent être analysés ensemble dès qu'on fait une recherche sur les conflits des lois, comme ces domaines du droit ont des buts opposés. Le droit de la propriété intellectuelle vise à protéger le titulaire de tels droits en lui garantissant ainsi une avantage considérable par rapport à ces concurrents, tandis que le droit de la concurrence cherche à protéger la concurrence sur le marché, ainsi il cherche à établir l'égalité entre les concurrents, et par ricochet protéger les consommateurs en leur offrant les meilleurs produits et services par les meilleurs prix. Ce conflit est connu et était déjà analysé plusieurs fois dans les études consacrées à cette question.³³⁹ Pourquoi est-il important d'analyser le conflit entre ces deux domaines du droit dans le cadre de la présente recherche ?

La réponse est évidente si on regarde la substance du droit de la propriété intellectuelle. La propriété intellectuelle est une propriété incorporelle, l'objet sans le corps physique n'est nulle part, mais en même temps il peut être partout. En réalité, il y a trois degrés de propriété intellectuelle par (dé)localisation géographique. Le premier degré, c'est la marque, qui existe seulement sur le territoire donné (généralement le territoire où elle est déposée) et ce droit de marque ne peut être exploité qu'à l'intérieur de ce territoire. Ainsi, la marque est définie par le territoire positivement et négativement. Le deuxième degré est représenté par le droit de brevet, qui peut être exploité seulement sur le territoire donné, mais les tiers, quelle que soit leur localisation, n'ont pas le droit d'exploiter l'invention sans la permission du propriétaire du brevet. Conséquemment, il est défini positivement par le territoire, mais négativement il est universel. Le troisième degré de l'échelle glissante du droit de la propriété intellectuelle est constitué des droits d'auteurs. Le droit d'auteur n'a pas de locus, il n'est pas restreint ni positivement, ni négativement par le territoire. Par

³³⁹ Voir, par exemple, Camille MARÉCHAL, *Concurrence et propriété intellectuelle*, Litec, 2009, 475p.; *The Interaction between Intellectual Property Rights and Competition Policy*, edited by Steven D. ANDERMAN, IPAcademy Singapore, Cambridge University Press, 2007, 572p.; Josef DREXL, *Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law*, Edward Elgar Publishing Ltd., 2008, 490p.; Gustavo CHIDINI, *Intellectual Property and Competition Law: The Innovation Nexus*, Edward Elgar Publishing Ltd., 2006, 164p.; Mariateresa MAGGIOLINO, *Intellectual Property and Antitrust: A Comparative Economic Analysis of US and EU Law*, Edward Elgar Publishing Ltd., 2011, 263p.; ICC: *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 35, Max-Planck-Institut, 2004.

exemple, *Microsoft* avec son droit d'auteur aux Etats-Unis a effet partout dans le monde, en même temps il est possible de vendre le droit d'auteur aussi partout. C'est exactement comme un exemple avec une goutte d'eau qui tombe sur un lac et crée des vagues qui vont dans toutes les directions et touchent les objets loin de l'endroit où originellement a tombé cette goutte (voir paragraphe 23).

Il est possible de faire le même raisonnement concernant le droit international privé lequel aussi règle les situations qui se sont passées sur un territoire, mais qui ont créé les effets en dehors de ce territoire. Ainsi, il est évident que le droit de la concurrence en tant que droit extraterritorial peut entrer en conflit avec les autres droit extraterritoriaux tels quels sont le droit de la propriété intellectuel et le droit international privé, et l'entreprise multinationale peut se retrouver au milieu d'un tel conflit.

Le présent Titre sera terminé par l'analyse de la place des accords GATT-OMC dans l'ordre juridique européen, le conflit possible entre les normes du droit de l'OMC et le droit européen de la concurrence, et surtout la question de l'invocation des normes issues de tels accords par les entreprises des États tiers devant les juridictions européennes dans le but de se protéger contre l'application du droit européen de la concurrence (dans la mesure où il existe des différences entre les deux).

Finalement, telle étude montrera le nombre important des problèmes issus de l'application extraterritoriale du droit européen de la concurrence : la possibilité de l'application simultanée des lois sur la concurrence de tous niveaux (national de pays d'origine, national des États membres de l'UE, européen, et certains normes du droit de l'OMC) à une entreprise étrangère pour les même faits ; le conflit extraterritorial entre le droit de la propriété intellectuel et le droit de la concurrence ; les relations compliquées entre le droit international privé et le droit européen de la concurrence ; et les interactions difficiles entre le droit de l'OMC et le droit européen de la concurrence. Tous ces problèmes méritent d'être réglés au sein d'un accord international, le modèle du quel est présenté dans le cadre du dernier Titre de la présente thèse (voir paragraphes 150 et s.).

Chapitre 1. L'application simultanée des lois concurrentielles de plusieurs États et le principe *non bis in idem*.

« *Too much diversity is endangering unity* ».

W. Devroe,

*Limits of differentiation in European Economic Law:
Ne bis in idem and minimum vs
maximum harmonization, MJ Vol.16, 2009, p.141.*

66. Le principe « *non bis in idem* », dans sa forme pure, interdit la double poursuite et/ou la double punition pénale par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle la personne a déjà été acquittée ou condamnée par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État. Au niveau international, ce principe est protégé particulièrement par l'article 4 du protocole n° 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (ci-après CEDH).

La question de l'applicabilité de ce principe dans le domaine du droit de la concurrence a été déjà soulevée plusieurs fois ; en effet, il est facile d'imaginer que la même entreprise est condamnée par nombreuses autorités concurrentielles pour le même comportement anticoncurrentiel (par les autorités des États membres et la Commission, par la Commission et les autorités des États tiers, ou même par tous les trois types d'autorités appliquant trois niveaux du droit de la concurrence (national des États membres, européen, national des État tiers) pour le même comportement (par exemple, au titre de sa participation à un cartel international). L'entreprise n'a-t-elle pas trop d'amendes à payer ? Peut-on la protéger en appliquant le principe « *non bis in idem* » par analogie avec le droit pénal ou un corolaire de ce principe adapté au droit de la concurrence ? Si la réponse est positive, sur quels fondements on peut le faire ?

Cette discussion, qui continue au sein du droit européen de la concurrence depuis déjà plus de quarante ans³⁴⁰, attire l'attention dans le cadre de l'analyse de possibles conflits de lois (droit de la concurrence et droit de la propriété intellectuelle, droit de la concurrence et droit international privé) et l'analyse des lois de la concurrence simultanément applicables

³⁴⁰ CJUE, 13.02.1969, *Walt Wilhelm*, Aff. 14/68, Rec. 1969 p.1.

à la même entreprise d'État tiers présente sur le marché européen pour le même comportement anticoncurrentiel.

En commençant la recherche, il est déjà possible de répondre définitivement à une de ces questions : celle portant sur l'applicabilité du principe « *non bis in idem* » dans le cas des ententes internationales. Il est impossible d'appliquer ce principe dans le cas de la violation transnationale du droit de la concurrence et de la poursuite d'une telle violation par plusieurs juridictions. Il n'y a pas d'accord international qui interdise ni règle la double punition et/ou la double poursuite d'une infraction de droit de la concurrence commise sur le territoire de plusieurs États.

L'inapplicabilité du principe « *non bis in idem* » dans le cas d'application simultanée (ou successive) du droit européen de la concurrence et le droit de la concurrence d'État tiers aux ententes internationales représente l'approche générale de la Cour de Justice confirmée en 2006 dans les arrêts *Archer Daniels Midland*³⁴¹, *Showa Denko*³⁴² et *SGL Carbon*³⁴³. Certains auteurs supposent que ces trois arrêts ont mis un point final à cette si longue discussion.³⁴⁴

Évidemment, on s'intéresse à la raison pour laquelle la Cour a pris une telle décision et aux conséquences que vont subir les entreprises d'États tiers. On se pose aussi la question suivante : peut-on appliquer ce principe issu du droit pénal aux décisions de nature administrative prises dans le cadre du droit de la concurrence ? Si oui, la portée du principe « *non bis in idem* » est-elle la même dans le cadre du droit pénal, au sein duquel cette notion est née, et dans le cadre du droit de la concurrence ? Sinon, quelle est l'interprétation de ce principe au sens du droit de la concurrence ? Les autorités nationales peuvent-elles appliquer simultanément (ou successivement) avec la Commission le droit européen de la concurrence à la même infraction commise par une entreprise d'État tiers ? Les autorités nationales peuvent-elles appliquer le droit national de la concurrence en vue de punir le même comportement anticoncurrentiel, tandis que la Commission a déjà appliqué le droit européen de la concurrence aux entreprises concernées ?

³⁴¹ CJUE, 18.05.2006, *Archer Daniel Midland*, Aff. C-397/03 P, Rec. 2006 p. I-04429

³⁴² CJUE, 29.06.2006, *Showa Denko KK c/ Commission*, Aff. C-289/04 P, Rec. 2006 p. I-05859

³⁴³ CJUE, 29.06.2006, *Commission c/ SGL Carbon AG*, Aff. C-301/04 P, Rec. 2006 p. I-05915; CJUE, 29.06.2006, *SGL Carbon AG c/ Commission*, Aff. C-308/04 P, Rec. 2006 p. I-0597

³⁴⁴ B. KOTSCHY, *L'application du principe non bis in idem aux ententes internationales – point final dans une discussion trentenaire ?*, RDUE, 3/2006, pp.712-723.

Si les questions de la double poursuite et punition par la Commission et par les autorités nationales des États membres ont été déjà analysées plusieurs fois dans la doctrine, les questions de « triple » poursuite par les autorités nationales, l'autorité européenne et les autorités des États tiers ne semblent pas avoir été analysées attentivement. Ainsi, ce chapitre comporte les deux sections suivantes : le principe « *non bis in idem* » au sein de l'UE, puis le principe « *non bis in idem* » et les ententes internationales.

67. Plan. Dans la première section on vise à examiner la mise en œuvre parallèle des normes du droit européen par la Commission et par les autorités nationales des États membres, et l'application simultanée du droit européen de la concurrence et le droit national de la concurrence des États membres, tandis que, dans le cadre de la deuxième section, l'application du droit européen de la concurrence et le droit de la concurrence d'État tiers aux mêmes entreprises pour le même comportement sera examinée en détails. Ainsi, la question très importante dans le cadre de cette recherche est de savoir si l'application de trois types du droit de la concurrence (national, européen, d'État tiers) est possible quant à la même entreprise pour la même infraction.

Section 1. Contenu du principe « non bis in idem » dans le cadre du droit de la concurrence.

68. Toutefois, avant de commencer la recherche à proprement parler, il importe de définir d'abord le principe « *non bis in idem* » dans le cadre du droit de la concurrence, tant il est évident que ce principe, issu du droit pénal, revêt une autre dimension au sein du droit de la concurrence, dans la mesure où l'on admet qu'un tel principe est applicable aussi aux décisions administratives.

§ 1. Présentation et définition du principe « non bis in idem ».

Selon une définition généralement acceptée, le principe « *non bis in idem* » (ou « *ne bis in idem* ») exige qu'une personne qui a été acquittée ou condamnée ne puisse plus être jugée et sanctionnée à nouveau pour les mêmes faits ou pour la même infraction dans le cadre d'une nouvelle procédure. Comme on l'a déjà mentionné plusieurs fois, ce principe est

né et reconnu dans le cadre du droit pénal. La formule a été dérivée de la maxime de droit romain « *nemo bis in idem debet vexari* » ou « *nemo debet bis puniri pro uno delicto* ». ³⁴⁵

Corollaire de l'état de Droit (*rule of law*) ³⁴⁶ en droit pénal, le principe « *non bis in idem* » est surtout considéré comme un moyen de protection d'un individu contre les abus possibles de l'État de son *ius puniendi*. L'État ne devrait pas être autorisé à faire des tentatives répétées de condamner un individu pour une infraction présumée. Dans le même temps, le principe « *non bis in idem* » est également fortement liée à la légitimité du système juridique, particulièrement, à la sécurité juridique et le principe d'équité. En s'appuyant sur l'idée d' « *aequitas* », l'individu, une fois avoir été soumis à une procédure pénale, devrait rester à l'abri de nouveaux embarras. Du point de vue de la sécurité juridique, tous les États membres reconnaissent que, dès que les possibilités de recours en appel ont été épuisés ou le délai applicable pour un appel a expiré, une condamnation ou un acquittement doit être considérée comme irrévocable, et la décision acquiert la qualité de la *res judicata*. ³⁴⁷

Le principe « *non bis in idem* » peut également être fondé sur les raisons économiques qui cherchent à empêcher les poursuites coûteuses multiples, créant des incitations à une coordination efficace entre les procureurs. Ce raisonnement est également important au niveau transnational, où une coordination efficace entre les différentes juridictions doit être sécurisée. ³⁴⁸

Le principe « *non bis in idem* » contient deux interdictions différentes: l'interdiction des doubles condamnations, i.e., nul ne peut être puni deux fois pour le même acte, et la prohibition des doubles poursuites, i.e., personne ne doit être soumis à des poursuites judiciaires plus d'une fois pour le même acte. ³⁴⁹

³⁴⁵ Marc HENZELIN, „*Ne bis in idem*“, un principe à géométrie variable, Revue Pénale Suisse, Tome 123, 2005, p.345.

³⁴⁶ "For the United Nations, the rule of law refers to a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency."(S/2004/616), Report of the Secretary-General on the Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies.

Voir aussi <http://www.unrol.org/>, 09.05.2011.

³⁴⁷ Katalin LIGETI, *Rules on the Application of ne bis in idem in the EU. Is Further Legislative Action Required?*, Eurim, 1-2/2009, p.37.

³⁴⁸ Ibidem.

³⁴⁹ Ibidem.

Le principe « *non bis in idem* », tel qu'il est élaboré dans les systèmes juridiques nationaux, comporte trois caractéristiques majeures. Premièrement, c'est un principe qui est limité à la justice pénale. Cela signifie que le principe « *non bis in idem* » n'exclut pas, en général, les poursuites et les sanctions administratives ou civiles contre le même acte de la même personne qui a été déjà acquittée ou condamnée par le système de justice pénale.³⁵⁰ Néanmoins ce principe tend à s'élargir à d'autres domaines, notamment l'administratif et le disciplinaire.³⁵¹

Deuxièmement, le principe « *non bis in idem* » ne s'applique que lorsque la décision pénale est devenue définitive et irrévocable, i.e., aucun recours d'appel n'est plus disponible. Ainsi, les mesures provisoires dans une procédure pénale ou dans la phase préalable au procès n'entrent pas dans le champ d'application du principe « *non bis in idem* ». Il est, donc, généralement reconnu que seuls les décisions finales (une condamnation ou un acquittement) sont soumis au principe « *non bis in idem* ».³⁵²

Troisièmement, le principe « *non bis in idem* » s'applique, dans la plupart des systèmes juridiques nationaux, aux personnes physiques. Dans ces systèmes juridiques qui reconnaissent la sanction pénale des personnes morales, il est donc généralement admis que l'individu et la personne morale peuvent être poursuivis et sanctionnés séparément pour le même acte.³⁵³

Le principe « *non bis in idem* » est étroitement lié au principe de la « *res judicata* » (chose jugée). Certains auteurs distinguent aussi le principe « *non bis in idem* » et le concept de « *double jeopardy* », familier aux systèmes de common law, qui recouvre non seulement l'interdiction d'une seconde poursuite mais également la nécessité de déduire le montant d'une première sanction imposée pour une même infraction.³⁵⁴

Les autres auteurs affirment qu'un tel concept est connu en droit européen comme un *principe d'équité* dont l'application est réservée aux cas dans lesquels le principe « *non bis in idem* » ne s'applique pas.³⁵⁵ Par exemple, dans les cas des ententes internationales, la seule question soulevée devant la Cour par les requérants était celle de l'obligation de la

³⁵⁰ Ibidem.

³⁵¹ José Narcisco DA CUHNA RODRIGUES, À propos du principe « *ne bis in idem* » - Un regard sur la jurisprudence de la CJCE, Une communauté de droit – Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias, BWV – Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003, p. 166.

³⁵² Katalin LIGETI, *Rules on the Application of ne bis in idem in the EU (...)*, op.cit., p.37.

³⁵³ Ibidem, p.38.

³⁵⁴ Ibidem.

³⁵⁵ Emile PAULIS, Céline GAUER, *Le règlement 1/2003 et le principe du Ne bis in Idem*, Concurrences, N°1-2005, n°152, p. 34.

Commission de prendre en compte les sanctions antérieures subies par l'entreprise, comme un sorte du corollaire du principe « *non bis in idem* ».³⁵⁶

Néanmoins, les autres commentateurs ne distinguent pas le principe « *non bis in idem* », la « *double jeopardy* » et le *principe d'équité*.³⁵⁷ Une telle variation dans la terminologie crée certaines difficultés pour l'analyse, dans la mesure où, finalement, il n'y a pas unité d'opinions dans la doctrine sur la question. Ainsi, il n'est pas toujours simple de savoir si on analyse le principe « *non bis in idem* » en soi ou son corollaire, ou même un autre principe qui est lié au principe « *non bis in idem* » ; et, lorsqu'on analyse un autre principe qui ressemble au principe « *non bis in idem* » si les critères selon lesquels on va décider que le principe est (non)applicable restent les mêmes.

Dans le cadre de cette recherche on distingue le principe « *non bis in idem* » et son corollaire – l'imputation des sanctions antérieures (on n'utilisera pas le terme « *double jeopardy* » lequel est purement un terme de common law et doit être utilisé dans le cadre du système du droit anglo-saxon). L'expression « *res judicata* » est utilisée dans son seul sens de « la force de la chose jugée » ce que n'est pas égal au principe « *non bis in idem* ». Néanmoins, pour que le principe « *non bis in idem* » soit applicable, on doit déjà avoir une décision ayant « *res judicata* ». La détermination des décisions dotées « *res judicata* » sera analysée plus tard en détails dans ce chapitre.

Comme on l'a déjà mentionné auparavant, le principe « *non bis in idem* » provient du droit pénal. Ce furent les pénalistes qui reprirent cette ancienne formule romaine, et elle représente maintenant une des valeurs essentielles du droit pénal contemporain.³⁵⁸ Aussi, comme on l'a mentionné brièvement auparavant, ce principe, reconnu par l'article 4 du protocole n°7 du CEDH, s'applique traditionnellement aux relations entre les juridictions d'un même État.³⁵⁹ En effet, ce principe est applicable d'office si on a une décision de condamnation ou d'acquiescement prise dans un État ; en d'autres termes, le même État ne peut pas poursuivre dans le cadre d'une procédure pénale la même personne pour la même infraction. La question de l'application du principe « *non bis in idem* » se pose avec une particulière acuité quand plusieurs juridictions sont en jeu, tandis que la même personne a commis la même infraction.

³⁵⁶ B. KOTSCHY, *L'application du principe non bis in idem aux ententes internationales*, op.cit., p.714.

³⁵⁷ Slike BRAMMER, *Co-operation between national competition agencies in the enforcement of EC Competition Law*, Oxford : Hart, 2009, 248p.

³⁵⁸ Emile PAULIS, Céline GAUER, *Le règlement 1/2003 ...*, op.cit., p.34.

³⁵⁹ Ibidem.

En général, aucun principe ne peut contraindre un État à renoncer à juger une personne au motif qu'un jugement sur la même infraction pénale est intervenu précédemment dans un autre État (même si la législation nationale de l'État saisi de l'affaire peut prévoir une telle impossibilité). Néanmoins, les articles 54 à 58 de la Convention de Schengen³⁶⁰ garantissent l'application du principe « *non bis in idem* » lorsque les deux juridictions en jeu font partie de l'Espace Schengen, quoique la deuxième juridiction saisie puisse continuer les poursuites si les faits incriminés se sont produits sur son territoire³⁶¹. Finalement, l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne³⁶² a permis d'étendre cette protection à l'intégralité de l'Union Européenne.

Cependant, même si l'idée d'injustice de la double punition et/ou la double poursuite pour la même violation de la loi est née dans le cadre du droit pénal, la prohibition de double poursuite et/ou punition peut être reprise dans les autres domaines du droit, surtout si l'on prend considération que les raisons justifiant d'application de ce principe resteront les mêmes – la sécurité juridique, la cessation des poursuites multiples qui coutent souvent très chers pour les deux parties, par la voie de la création d'une coordination efficace entre les procureurs (ou dans le cas d'espèce les autorités compétentes, à savoir la Commission et les autorités des États membres).

Ainsi, dans le cadre du droit de la concurrence on se pose la même question : l'entreprise peut-elle être punie par les autorités de deux (ou plusieurs) États différents pour la même infraction (par exemple, pour la participation à un cartel) ? Cette question représente l'essence de cette partie de la thèse.

§ 2. Les conditions d'application du principe « *non bis in idem* ».

69. L'application du principe « *non bis in idem* » est soumise à des conditions très strictes : il doit exister une décision de condamnation ou d'acquiescement ayant acquis force de chose jugée (« *bis* »). En effet, ce principe est applicable seulement dans le cas d'une

³⁶⁰ Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République Fédérale d'Allemagne et de la République Française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, Acquis de Schengen tel que visé à l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la décision 1999/435/CE du Conseil du 20 mai 1999, JO L 176 du 10.7.1999, p.1.

³⁶¹ H. BOSLY, Droit Pénal International, 2003-2004, accessible sur <http://www.brechet.ch.doc> le 28 mars 2011

³⁶² Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (2000/C 364/01), JO 18.12.2000.

triple identité : « identité de faits retenus », « unité de contrevenant » et « l'unité de l'intérêt juridique protégé » (« *idem* »).³⁶³

Ainsi, dans l'arrêt *Archer Midland Daniels* (analysé en détails ci-dessus) la Cour précise la notion d'identité des faits retenus en matière de procédures de concurrence. La Cour semble avoir repris dans cet arrêt l'idée que l'identité des faits délictueux en matière de droit de la concurrence ne peut pas être appréciée dans les mêmes conditions qu'en droit pénal. En effet, les infractions pénales sont généralement instantanées, donc commises en une fois, à un moment et en un lieu déterminé. Souvent, les juges ont une compétence internationale s'étendant à des infractions commises sur le territoire d'autres États. En outre, les cartels se réalisent par une multiplicité d'actes, commis pendant une longue période et dans différents lieux. Leur nocivité dépend largement de leurs effets réels ou présumés sur le marché concerné. La compétence du juge est normalement limitée aux effets sur le territoire de l'État concerné. Ainsi, « les faits retenus » consistent moins dans l'entente elle-même que dans son application sur un territoire spécifique. Toutefois, la condition de « *idem* » est plus difficile à satisfaire dans le contexte du droit de la concurrence : elle ne joue que si deux décisions concernent le même territoire.³⁶⁴

On observe clairement que la notion du terme « *idem* » est différente dans le contexte du droit pénal et dans le contexte du droit de la concurrence. Il faut aussi prendre en considération le fait qu'historiquement, le principe « *non bis in idem* » est applicable seulement aux décisions pénales, on ne trouve pas l'application de ce principe dans le cadre du droit administratif. Ainsi, si le contexte du droit pénal et du droit de la concurrence est différent, la condition « *idem* » est très difficile à satisfaire et le principe « *non bis in idem* » est applicable *d'office* seulement aux décisions pénales, peut-on parler de l'applicabilité de ce principe dans le cadre du droit de la concurrence ?

On trouve la réponse dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après Cour EDH). La Cour EDH a toujours considéré que le terme « pénal » a une signification autonome.³⁶⁵ En conséquence, la classification selon le droit national d'une infraction comme non-pénale n'est pas pertinente, quand il s'agit de savoir si la procédure

³⁶³ CJUE, 7.01.2004, *Aalborg Portland c/ Commission*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P, C-219/00 P, Rec. I-23. point 338.

³⁶⁴ B. KOTSCHY, *L'application du principe non bis in idem aux ententes internationales*, op.cit., p.717.

³⁶⁵ Voir CrEDH, 27.07.1968, *Neumeister c/ Austria*, Publication Series A n° 8 ; CrEDH, 8.07.1976, *Engel and Others*, Publication Series A n° 22, paragraphe 81 ; CrEDH, 21.02.1984, *Öztürk c/ Germany*, Publication Series A n° 73, paras 48-50.

correspondante doit être considérée comme étant de nature pénale au sens de la Convention. Ce n'est pas le classement national qui est déterminant, mais le caractère substantiel de la règle de droit. Toutefois, la déclaration souvent entendue, selon laquelle la classification nationale est dénuée de toute pertinence n'est pas tout à fait correcte. En fait, l'autonomie du concept du terme « pénal » ne fonctionne que dans un seul sens. Lorsque le droit national qualifie une infraction comme pénale, un tel classement est en effet décisif et rend automatiquement applicable l'article 6 de la CEDH. La Cour EDH n'exercera pas un contrôle à cet égard et n'examinera pas cette classification « positive ». Dans le seul cas où il n'existe pas une telle classification selon le droit national, celle-ci doit être déterminée de manière autonome en vue de savoir si l'infraction est de nature criminelle ou non au sens de l'article 6 CEDH (voir paragraphe 81 de l'arrêt *Engel*³⁶⁶).³⁶⁷

Cette autonomie du concept est nécessaire pour que les signataires de la Convention ne puissent pas échapper facilement à leurs obligations. L'exemple le plus remarquable de la tentative de se soustraire à telles obligations est certainement l'article 23 (5) du Règlement 1/2003 qui stipule que: « *Les décisions prises en application des paragraphes 1 et 2 n'ont pas un caractère pénal* ». La même disposition figurait déjà dans le Règlement 17 (voir l'article 15 (4)). Néanmoins, cette proclamation formelle ne peut pas nous dissimuler le fait que, aux yeux de la CEDH, les procédures d'infraction en vertu du Règlement 1/2003 constituent, en substance, les procédures de droit pénal si telle est leur nature.³⁶⁸

Dans le cadre de cette discussion il faut se demander s'il est nécessaire de considérer les décisions issues du droit de la concurrence comme les décisions de nature pénale ou, alternativement, s'il faut élargir le domaine d'application du principe « *non bis in idem* » aux autres domaines du droit de nature administrative.

Dans l'arrêt *Engel* la Cour EDH a également indiqué les critères pertinents qui doivent être pris en considération pour évaluer le caractère d'une infraction. La Cour EDH a commencé avec le classement national, qui ne pourrait pas évidemment être plus qu'un point de départ, car il n'a qu'une valeur formelle et relative.

C'est la nature de l'infraction (quelle que soit la caractérisation selon le droit national) qui a été considérée comme étant de plus grande importance. Enfin, la Cour EDH a examiné

³⁶⁶ CrEDH, 8.06.1976, *Engel et autres c/ Pays-Bas*, Série A n° 22, pp. 34-35.

³⁶⁷ Slike BRAMMER, *Co-operation between national competition agencies in the enforcement of EC Competition Law*, Oxford : Hart, 2009, p. 346-347.

³⁶⁸ Ibidem.

la sévérité de la sanction en cause. Dans l'arrêt *Bendenoun*³⁶⁹, une affaire qui concerne les sanctions encourues au titre du code des impôts de la France, la Cour EDH a détaillé les critères qu'elle estime pertinents. En premier lieu, la CEDH a examiné le champ d'application de la disposition en question – l'impôt en cause a été levé en tant que règle générale s'appliquant à tous les citoyens (en leur qualité de contribuables), et pas seulement à «*une groupe ayant un statut particulier*». En dehors de la sévérité déjà mentionné dans l'affaire *Engel*, la CEDH a analysé aussi la nature et le but de la peine, invoquant le fait que les surtaxes ont été conçu pour être une punition plutôt qu'une indemnisation, et qu'ils étaient également visés à avoir l'effet du moyen de dissuasion.³⁷⁰

Section 2. Le principe « non bis in idem » au sein du droit européen de la concurrence.

70. Comme on l'a annoncé plus haut, on continue l'analyse avec la question suivante : à l'intérieur de l'ordre juridique européen, le principe « *non bis in idem* » est-il applicable dans le contexte du droit de la concurrence? La réponse à cette question nous permettra de résoudre une autre question : la Commission et les autorités nationales des États membres peuvent-ils appliquer simultanément les normes du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers ? Enfin, peut-on appliquer le droit national d'un État membre et le droit européen à la même entreprise d'un État tiers en vue de punir le même comportement anticoncurrentiel ? Après avoir répondu à ces questions on s'intéressera au principe « *non bis in idem* » dans le cas d'application simultanée ou successive du droit européen de la concurrence et le droit de la concurrence d'État tiers.

§ 1. La mise en œuvre parallèle des normes du droit européen de la concurrence par la Commission et par les autorités nationales des États membres.

I. L'essence du problème.

³⁶⁹ CrEDH, 24.02.1994, *Bendenoun c. France*, Série A n° 284.

³⁷⁰ Slike BRAMMER, *Co-operation between national competition agencies in the enforcement of EC Competition Law*, Oxford : Hart, 2009, p. 347.

70.1. Le premier niveau d'application du principe « *non bis in idem* » concerne les cas de mise en œuvre parallèle des règles du droit européen de la concurrence par la Commission et par les autorités nationales. Dans l'arrêt *Limburgse Vinyl Maatschappij c/ Commission*³⁷¹ (2002) (ci-après *affaire PVC III*) la Cour a jugé qu'une même autorité de concurrence (la Commission ou l'autorité nationale) ne peut pas entamer une nouvelle appréciation d'un comportement anticoncurrentiel ayant déjà fait l'objet d'une sanction ou d'un acquittement par une décision qui n'est plus susceptible de recours³⁷².

Au sein du premier niveau d'application de « *non bis in idem* », il est interdit aussi, en principe, aux institutions européennes et aux autorités nationales de *cumuler les poursuites ou les sanctions*.³⁷³ On revient ici à la différence entre la règle d'imputation de sanctions antérieures et le principe « *non bis in idem* » en tant que tel. Cette différence nous renvoie aussi à l'application du principe « *non bis in idem* » pour les décisions pénales et l'application (ou la non-application) de ce principe dans le cadre du droit de la concurrence. On reviendra à cette discussion en faisant l'analyse des types de décisions auxquelles le principe « *non bis in idem* » pourrait être appliqué. Ainsi, l'application parallèle et/ou successive des règles de concurrence par plusieurs autorités publiques, spécifiquement envisagée par le législateur soulève certaines questions au regard du principe « *non bis in idem* »³⁷⁴.

Selon l'article 3 du Règlement 1/2003 l'application simultanée du droit européen et de droits nationaux de la concurrence aux infractions au sens de l'article 101 ne devrait pas conduire à un traitement plus sévère que dans le cas d'une application d'un seul droit européen. En d'autres termes, le droit national de la concurrence ne peut pas interdire un comportement qui ne restreindrait pas la concurrence (c'est-à-dire ne tomberait pas sous le coup de l'article 101(1)) ne remplirait pas les conditions de l'article 101(3) ni ne serait couvert par un règlement d'exemption de groupes. En ce qui concerne un comportement unilatéral (le sujet de l'article 102) la règle est moins stricte, et le droit national plus sévère peut être appliqué. Le Règlement impose également aux ANC d'appliquer les articles 101 ou 102 aux comportements auxquels elles appliquent le droit national de la concurrence, pourvu que ce comportement affecte le commerce entre les États membres. Par ailleurs,

³⁷¹ CJCE, 15.10.2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) c/ Commission (PVCIII)*, Aff. jointes C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P, Rec. 2002 p. I-08375. Les italiques sont à moi.

³⁷² B. KOTSCHY, *L'application du principe non bis in idem...*, op.cit., p.718.

³⁷³ Ibidem.

³⁷⁴ Ibidem.

l'article 16 force les juges et les ANC à respecter les précédents ; le pouvoir judiciaire d'un État membre a même l'obligation d'éviter de prendre une décision incompatible avec un jugement de la Commission simplement en projet pour une procédure déjà initiée.

Eu égard au principe « *non bis in idem* » dans le cadre de coopération entre les États membres il faut aussi prendre en considération l'existence de programmes de clémence. Il semblerait que l'assurance de ne pas être sanctionné une seconde fois par une autorité de la concurrence pourrait être donnée dans le cadre d'une procédure de clémence.³⁷⁵

Concernant la procédure de compromis-décision, il apparaît que le raisonnement n'est pas le même car l'autorité ne statue pas sur la matérialité de l'infraction et que les éléments habituels du contradictoire ne sont pas respectés. Dans le Règlement 1/2003 l'article 9 est consacré à cette pratique. Cependant, il faut aussi prendre en considération le point 13 du préambule du Règlement 1/2003³⁷⁶, selon lequel, la procédure de compromis-décision n'interdit pas les poursuites par une autorité nationale pour les mêmes faits, même si les engagements sont respectés.³⁷⁷

En fait, la capacité d'accepter des engagements fait partie des compétences traditionnellement dévolues aux autorités de concurrence. Les deux agences de concurrence américaines, le *Department of Justice* et la *Federal Trade Commission*, utilisent de manière très active cette pratique. Environ 70% des cas se résolvent aux États-Unis par des "*consent decrees*". Dans l'UE la Commission a déjà développé sa pratique des engagements surtout dans le domaine des concentrations.³⁷⁸

II. Le Réseau européen de la concurrence et le principe « *non bis in idem* ».

³⁷⁵ Arnold VIALFONT, *Le droit de la concurrence et les procédures négociées...*, *op.cit.*, p.178.

³⁷⁶ «Lorsque, dans le cadre d'une procédure susceptible de déboucher sur l'interdiction d'un accord ou d'une pratique, des entreprises présentent à la Commission des engagements de nature à répondre à ses préoccupations, la Commission doit pouvoir, par décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises concernées. Les décisions relatives aux engagements devraient constater qu'il n'y a plus lieu que la Commission agisse, sans établir s'il y a eu ou s'il y a toujours une infraction. Ces décisions sont sans préjudice de la faculté qu'ont les autorités de concurrence et les juridictions des États membres de faire de telles constatations et de statuer sur l'affaire. De telles décisions ne sont pas opportunes dans les cas où la Commission entend imposer une amende ». (Point 13 du Préambule du Règlement 1/2003).

³⁷⁷ Ibidem.

³⁷⁸ Irène LUC, *A propos de la pratique des engagements: Une nouvelle procédure: Vers une résolution négociée des problèmes de concurrence*, *Concurrences*, N°1, 2005.

70.2. La possibilité d'appliquer le droit européen de la concurrence parallèlement par la Commission et par les autorités des États membres est apparue suite à l'adoption du Règlement 1/2003³⁷⁹, qui, à partir du 1^{er} mai 2004, a mis en place le nouveau système décentralisé d'application du droit européen de la concurrence. Ce règlement a créé un système de compétences parallèles au sein duquel les différentes autorités publiques (nationales et européennes) sont en principe compétentes pour appliquer articles 101 et 102 TFUE sur leur territoire.³⁸⁰

Le nouveau règlement a également modifié la nature de l'intervention par les autorités publiques. Selon l'ancien Règlement n° 17³⁸¹, une large partie de l'action de la Commission consistait à autoriser les accords et les pratiques notifiés en application de l'article 81§3 TCE (101§3 TFUE). Le Règlement 1/2003 a aboli ce système d'autorisation et de notification en vue de permettre à la Commission, et aux autorités nationales, de se concentrer sur la lutte contre les restrictions graves de la concurrence³⁸². Le Règlement 1/2003 laisse une large discrétion aux États membres pour désigner les autorités chargées de la mise en œuvre des règles sur le territoire (autorités purement administratives, autorités judiciaires, etc.)³⁸³.

En même temps, le nouveau Règlement « évite soigneusement de limiter la compétence de la Commission »³⁸⁴. Conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice,³⁸⁵ la Commission peut à tout instant se saisir de tous cas d'application des articles 101 et 102 TFUE quel que soit leur impact géographique³⁸⁶.

Ainsi, dans le cadre de la décentralisation de l'application du droit européen de la concurrence, le Réseau européen de la concurrence (European competition network et ci-après REC)³⁸⁷ a été créé en vue de faciliter tel processus et aider aux autorités des États membres à coopérer entre eux et avec la Commission. Au sein de REC la Commission, en sa

³⁷⁹ Règlement (CE) N° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOCE, N° L.1 du 4 janvier 2003, p.1.

³⁸⁰ Emile PAULIS, Céline GAUER, *Le règlement 1/2003 ...*, op.cit., p.32.

³⁸¹ Règlement n° 17/62 du 6 février 1962, JOCE n° 13 du 21 février 1962, p. 204, abrogé par le Règlement 1/2003.

³⁸² Emile PAULIS, Céline GAUER, *Le règlement 1/2003 ...*, op.cit., p.32.

³⁸³ Ibidem. p.33.

³⁸⁴ Emile PAULIS, Céline GAUER, *Le règlement 1/2003 ...*, op.cit., p.32.

³⁸⁵ CJUE, 14.12.2000, *Masterfoods Ltd.*, aff. C-344/98, Rec., p. I- 11369.

³⁸⁶ Emile PAULIS, Céline GAUER, *Le règlement 1/2003 ...*, op.cit., p.32.

³⁸⁷ Communication de la Commission à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, [2004] OJ C101/43.

qualité de gardienne des traités, est chargée en dernier ressort d'élaborer la politique et de veiller à l'application efficace et homogène du droit européen de la concurrence.³⁸⁸

Le REC a été créé dans un effort pour alléger le poids pesant sur la Commission et son retard dans son processus de décision d'exempter des accords, pratiques ou décisions d'associations d'entreprises de la prohibition contenue dans l'article 101 (1) TFUE, la procédure de poursuite des quarante dernières années a été remplacée par une approche plus locale. On a aussi considéré que la Commission pourrait alors se concentrer sur les violations les plus graves du droit de la concurrence d'un point de vue européen au lieu de voir les notifications diriger en partie le cours de sa politique de concurrence. Alléger la bureaucratie et le poids de la conformité à la loi pour les entreprises était un autre but du processus de modernisation. L'accession de 10 nouveaux États membres au même jour que la date effective de la modernisation du droit européen de la concurrence fût un autre facteur de ce projet. Le système basé sur l'exemption a été transformé en un système d'exemption légale et d'auto-évaluation dans lequel les entreprises doivent estimer leur conformité aux normes régissant les comportements concurrentiels sans pouvoir recourir à une exemption individuelle. L'imposition de la conformité est un étage conjoint de toutes les autorités de concurrence dans l'UE au niveau européen (la Commission) comme au niveau national. Les ANC doivent appliquer les articles 101 et 102 aux cas individuels. Le règlement 1/2003 énumère dans l'article 5 leurs droits à savoir, ordonner la cessation d'une infraction, ordonner des mesures provisoires, accepter des engagements, infliger des amendes, astreintes ou toute autre sanction prévue par leur droit national.³⁸⁹

Enfin, le Règlement 1/2003 harmonise le droit de la preuve en ce qui concerne les violations : la charge de la preuve de la violation des articles 101 (1) ou 102 pèse sur la partie alléguant cette relation, alors que l'entreprise demandant le bénéfice de l'article 101(3) doit prouver que son comportement satisfait les conditions de cette disposition. Le système européen de mise en œuvre du droit européen de la concurrence exige une collaboration poussée entre toutes les agences nationales, elles doivent coopérer pour prouver les violations et s'informer mutuellement des investigations afin d'assurer une meilleure

³⁸⁸ Arnold VIALFONT, *Le droit de la concurrence et les procédures négociées*, Revue internationale de droit économique, 2007/2 t. XXI, 2, p. 157-184.

³⁸⁹ René SMITS, *The European Competition Network Selected Aspects*, Legal Issues of Economic Integration 32(2), 2005, p. 175-176.

division du travail et une application efficace et homogène des règles du droit européen de la concurrence.³⁹⁰

L'Article 12 paragraphe 1 du Règlement 1/2003 prévoit que: *« Aux fins de l'application des articles 81 et 82 du traité, la Commission et les autorités de concurrence des États membres ont le pouvoir de se communiquer et d'utiliser comme moyen de preuve tout élément de fait ou de droit, y compris des informations confidentielles »*. Cette règle est néanmoins limitée par l'exception formulée à l'article 12 paragraphe 3 – *« Les informations transmises en vertu du paragraphe 1 ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve pour infliger une sanction à une personne physique que lorsque:*

- la loi de l'autorité qui transmet l'information prévoit des sanctions similaires en cas de violation de l'article 81 ou 82 du traité ou, si tel n'est pas le cas, lorsque*

- les informations ont été recueillies d'une manière qui assure le même niveau de protection des droits de la défense des personnes physiques que celui qui est reconnu par les règles nationales de l'autorité destinataire. Dans ce cas, cependant, les informations échangées ne peuvent être utilisées par l'autorité destinataire pour infliger des peines privatives de liberté. »*

Quelques clarifications complémentaires se trouvent dans le 16^{ième} considérant du Règlement 1/2003 : *« Nonobstant toute disposition nationale contraire, il convient de permettre les échanges d'informations, même confidentielles, entre les membres du réseau, ainsi que l'utilisation de ces informations en tant qu'éléments de preuve. (...) Lorsque les informations échangées sont utilisées par l'autorité destinataire pour imposer des sanctions à des entreprises, la seule restriction à leur utilisation devrait être l'obligation de les exploiter aux fins auxquelles elles ont été recueillies, étant donné que les sanctions imposées aux entreprises sont du même type dans tous les systèmes. Les droits de la défense reconnus aux entreprises dans les différents systèmes peuvent être considérés comme suffisamment équivalents »*.

Finalement, les trois dernières phrases du paragraphe 27 de la Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence spécifient que *« L'article 12 [du Règlement 1/2003] a la primauté sur toute législation contraire d'un État membre. La question de savoir si les informations ont été recueillies de*

³⁹⁰ René SMITS, *The European Competition Network...*, op.cit., p. 176-177.

façon légale par l'autorité qui les transmet est régie par la législation dont relève cette autorité. Une autorité qui transmet des informations peut informer l'autorité qui les reçoit du fait que la collecte de ces informations a été contestée ou pourrait encore l'être ».

Quand l'information est recueillie par une autorité de concurrence (ci-après l'autorité communicante) et échangée par le biais du REC vers une autre autorité de concurrence (ci-après l'autorité destinataire) cette information peut alors toujours être utilisée en tant que simple renseignement par l'autorité destinataire. Pour ce qui est de son usage comme preuve, on doit distinguer entre l'usage pour imposer des sanctions sur des personnes physiques ou sur des personnes morales: l'autorité destinataire ne peut utiliser cette information pour imposer des peines d'emprisonnement que si la loi de l'autorité destinataire prévoit de telles sanctions pour la violation de l'article 101 ou 102 TFUE. Pour les autres types de sanctions contre les personnes physiques, telles que les amendes ou les incapacités, l'autorité peut utiliser l'information comme preuve si la loi de l'autorité communicante prévoit le même type de sanctions ou si l'information a été obtenue d'une façon qui respecte le même degré de protection des droits de la défense de personnes physiques que celle garantie par le droit de l'autorité destinataire. Quant aux sanctions contre les personnes morales l'autorité destinataire peut toujours utiliser l'information échangée comme élément de preuve si ladite information a été obtenue en conformité avec la loi de l'autorité communicante. Cela reste vrai même si, selon loi nationale l'autorité de destination n'a pas pu recueillir l'information elle-même ou si elle a pu le recueillir mais pas l'utiliser. Cela signifie, par exemple, que l'*Office of Fair Trading* qui, en droit britannique, ne peut utiliser ses propres pouvoirs d'investigation pour contraindre les entreprises à communiquer certaines correspondances avec leur conseiller juridique interne pourrait recevoir et utiliser comme preuve une telle information si elle a été recueillie par la Commission ou l'autorité de concurrence allemande ou française, puisqu'en droit européen et dans les droits français, allemands et dans la plupart des autres États membres le secret professionnel ne couvre pas les conseiller juridiques internes. Cette possibilité a été critiquée en doctrine comme « contournement » « inacceptable » des droits et garanties processuels et nocif pour les droits fondamentaux.³⁹¹

³⁹¹ Wouter P.J. WILS, *EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees: the Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights*, World Competition, Vol.34, No2, June 2011, accessible sur <http://ssrn.com/author=456087>, 16.05.2011.

Cependant, certains estiment que ces craintes ne sont pas fondées. Premièrement, le problème ne concerne que les personnes morales, et non pas les personnes physiques ; ensuite, comme expliqué plus haut, tous les membres du REC doivent respecter les droits et garanties processuels découlant de CEDH, ainsi que les droits et garanties processuelles qui selon la jurisprudence de la CJUE découle de la Charte des droits fondamentaux de l'UE ou de principes généraux du droit communautaire. Les « droits fondamentaux » en danger ne peuvent, donc, être que ceux des personnes morales qui ne sont reconnues ni par la jurisprudence de la Cour EDH, ni par la jurisprudence de la CJUE. En définitive, il est difficile de trouver des exemples autres celui de secret professionnel, cité plus haut.³⁹²

Au sein du REC, 26 autorités sur 27 disposent d'une procédure de clémence (à l'heure où l'on écrit ces lignes, Malte n'en a pas encore)³⁹³, il est de l'intérêt des entreprises de faire des demandes auprès de toutes les autorités qui peuvent être considérées comme bien placées pour agir contre l'infraction en question. Par suite, un traitement centralisé des demandes de clémence est souhaitable.³⁹⁴ En vue de répondre à cet objectif, le programme de clémence modèle du REC³⁹⁵ a été rédigé. Généralement, ce programme n'a pas de valeur contraignante pour les autorités nationales, il reflète leur accord sur la nécessité d'harmoniser la procédure de clémence pour motiver l'entreprise à la choisir et garantir une plus grande sécurité juridique.³⁹⁶ Cependant, 25 États membres (Malte et Chypre constituent les deux exceptions)³⁹⁷ ont accepté les demandes provisoires proposées par le REC pour le programme de clémence modèle dans les cas Type 1A³⁹⁸.

Aussi, un des nombreux atouts du REC est la résolution du problème de la communication des éléments du dossier dans le cadre de procédure de clémence.

³⁹² Ibidem.

³⁹³ http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency_programme_nca.pdf, 31.05.2011.

³⁹⁴ Arnold VIALFONT, *Le droit de la concurrence et les procédures négociées...*, *op.cit.*, p.179.

³⁹⁵ http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_fr.pdf, 31.05.2011.

³⁹⁶ Ibidem.

³⁹⁷ http://ec.europa.eu/competition/ecn/list_of_authorities.pdf, 31.05.2011.

³⁹⁸ Programme modèle du REC en matière de clémence :

« Type 1A

5. L'autorité de concurrence exemptera une entreprise de toute amende qu'elle aurait à défaut dû acquitter :

a) lorsque cette entreprise est la première à fournir des éléments de preuve qui, de l'avis de l'autorité de concurrence, au moment où elle examine la demande, lui permettront d'effectuer des inspections ciblées au sujet d'une entente présumée;

b) lorsque l'autorité de concurrence ne disposait pas, au moment du dépôt de la demande, de preuves suffisantes pour adopter une décision ordonnant une inspection/solliciter un mandat d'inspection auprès d'un tribunal ou qu'elle n'avait pas encore effectué d'inspection au sujet de l'entente présumée; et

c) lorsque les conditions d'octroi de la clémence sont remplies ».

Evidemment, la communication de tels éléments par l'autorité d'un État membre à l'autorité d'un autre était un frein à la décision de participer au programme en question. En fait, si l'entreprise décide à négocier, elle devra généralement apporter des éléments que l'autorité n'aurait pas forcément obtenus par une simple enquête.³⁹⁹

Toutefois, au sein du REC, la circulation des éléments du dossier se fait seulement avec le consentement de l'entreprise (sauf si une procédure de clémence a été formulée auprès de la destinataire ou que celle-ci s'engage par écrit à ne pas sanctionner l'entreprise) (points 37 à 42 de la Communication de la Commission relative à la coopération au sein du REC).⁴⁰⁰

Néanmoins, en 2005 le Tribunal a annulé une décision de la Commission rejetant une demande d'accès au dossier administratif relatif à la décision concernant le cartel du « *club Lombard* »⁴⁰¹. Ainsi, le principe de non-communication n'est donc pas infaillible, notamment si un intérêt juridique autre vient le nuancer (en cas d'espèce les recours privés)⁴⁰².

Face aux autorités d'États tiers, la pratique est différente. Aux États-Unis, la Cour suprême dans l'arrêt *Empagran*⁴⁰³ reconnaît la possibilité d'une application extraterritoriale du droit de la concurrence américain aux profits des victimes non-américaines apportant la preuve du lien de dépendance entre les effets anticoncurrentiels à l'étranger et aux États-Unis.⁴⁰⁴ Or, les autorités américaines sont en mesure d'obtenir le rapport de preuve contre l'entreprises grâce à une procédure connue sous le nom de « *open discovery* » après requête auprès des juridictions internationales ou tribunaux étrangers, et puisque la Cour Suprême a reconnu la Direction générale concurrence comme un tribunal, il s'ensuit qu'elle pourrait exiger la production d'un document localisé sur le territoire de l'UE. Au vu de cette menace, les autorités nationales ainsi que la Commission ont tenté de rendre incommunicable les éléments contenus dans la demande de clémence, en les enregistrant vocalement ou sur l'acte de procédure.⁴⁰⁵

³⁹⁹ Arnold VIALFONT, *Le droit de la concurrence et les procédures négociées...*, op.cit., p.179.

⁴⁰⁰ Ibidem. p. 180.

⁴⁰¹ TPI, 13.04.2005, *Verein für Konsumenteninformation/ Commission*, Aff. T-2/03, Rec., p. II-1121.

⁴⁰² Ibidem.

⁴⁰³ Cour suprême des États-Unis, 14 juin 2004, *F. Hoffman-La Roche Ltd. et al. v. Empagran SA*, (03-724) 542 U.S. 155 (2004) 315 F.3d 338.

⁴⁰⁴ *F. Hoffman-La Roche Ltd. et al. v. Empagran SA*: Un client européen peut poursuivre une entreprise européenne située aux États-Unis pour des dommages et intérêts au triple en raison d'un préjudice entièrement subi en Europe à condition que l'entente soit reliée aux ventes du produit visé aux États-Unis. Voir Souty, La Cour suprême des États-Unis et les pratiques concurrentielles mondiales: réflexions sur les arrêts *Empagran* et *Intel v. ADM*, Les petites affiches, n° 189, 2004, p.13. Cité par Arnold VIALFONT, *Le droit de la concurrence et les procédures négociées...*, op.cit., p.180.

⁴⁰⁵ Arnold VIALFONT, *Le droit de la concurrence et les procédures négociées...*, op.cit., p.180.

L'arrêt que la Cour de Justice sera amenée à prendre dans l'affaire *Pfleiderer*⁴⁰⁶ est aussi important sur le plan pratique. Il s'agit de savoir si le demandeur à une action en réparation peut avoir accès au dossier de l'ANC et particulièrement aux informations transmises dans le cadre d'une procédure de clémence. Bien que l'affaire soit purement nationale, la Cour de Justice est interrogée sur l'impact d'un refus du droit d'accès sur le fonctionnement du REC et demandée de trouver un équilibre entre la nécessité de préserver l'efficacité d'un programme de clémence et celle d'assurer l'effectivité du droit à réparation des victimes. Selon les Conclusions de l'Avocat général Mazák, il serait désirable de distinguer entre les déclarations du demandeur de clémence, qui contribuent à l'incrimination de son auteur et seraient à ce titre inaccessibles, et les autres documents qui pourraient contribuer à établir les conditions de la responsabilité, lesquels seraient accessibles.⁴⁰⁷ Pourtant, le Professeur Laurence Idot mentionne qu'une telle solution ne prend pas en compte l'existence de procédures spécifiques d'accès à l'information⁴⁰⁸ et l'existence de sérieuses difficultés de pur droit international, et paraît, ainsi, quelque peu simpliste. Elle souligne qu'en droit de la concurrence, toute réflexion sur le principe d'autonomie procédurale doit non seulement s'inscrire dans la relation verticale habituelle mais aussi prendre en compte la dimension horizontale du REC.⁴⁰⁹

III. Les types de décisions représentant une sanction ou un acquittement non susceptibles de recours.

70.3. Ainsi, on revient à la question : quels types exacts de décisions représentent une sanction ou un acquittement non susceptibles de recours ? Dans le cadre de cette discussion il faut prendre en compte le fait que, selon l'interprétation de la Cour EDH, le principe « *non bis in idem* » est applicable dans le cadre du droit de la concurrence si les décisions prises par les autorités compétentes ont une nature pénale. Finalement, en se basant sur l'analyse de la jurisprudence de la CJUE et de la Cour EDH, on peut en déduire que l'on pourrait appliquer

⁴⁰⁶ Demande de décision préjudicielle présentée par l'Amtsgericht Bonn (Allemagne) le 9.09. 2009 — *Pfleiderer AG/Bundeskartellamt*, aff. C-360/09, 2009/C 297/23,

⁴⁰⁷ Conclusions de l'Avocat général Mazák, 16.12.2010, *Pfleiderer*, Aff. C-360/09.

⁴⁰⁸ Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, JO L 145 du 31.5.2001, p. 43–48.

⁴⁰⁹ Laurence IDOT, *Le Réseau européen de concurrence et...*, *op.cit.*

le corollaire du principe « *non bis in idem* », à savoir la règle d'imputation des sanctions antérieures aux décisions administratives. Il ne faut pas non plus oublier que de telles décisions doivent être non seulement de nature pénale, mais aussi constituer des décisions finales, contre lesquelles aucun recours n'est plus possible. Ainsi, on commence la classification des décisions issues dans le cadre du droit de la concurrence susceptible à entrer dans le champ d'application du principe « *non bis in idem* ».

Les types de décisions susceptibles d'être adoptées par les instances nationales et européennes chargées de la mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE dans l'intérêt public sont décrits de manière exhaustive dans le Règlement 1/2003. L'article 5 permet aux autorités nationales d'adopter des décisions ordonnant la cessation d'une infraction, ordonnant des mesures provisoires, acceptant des engagements et infligeant les sanctions. Elles peuvent aussi, lorsqu'elles considèrent sur la base des informations dont elles disposent, que les conditions d'une interdiction ne sont pas remplies, décider qu'il n'y a pas lieu pour elles d'intervenir⁴¹⁰.

La Commission, selon l'article 7, peut adopter des décisions constatant une infraction et en ordonnant la cessation, ordonnant des mesures provisoires (article 8), acceptant des engagements (article 9), constatant l'inapplication des articles 101 et 102 TFUE (article 10) et imposant les amendes (article 23). La Commission peut adopter également des décisions de rejet de plainte (article 7 du règlement N° 773/2004)⁴¹¹. L'affaire *Tele2 Polska*⁴¹² était consacrée à la question de la compétence des ANC pour constater l'absence de violation de l'article 102 TFUE. Selon l'Avocat général Mazák, seulement la Commission a la compétence pour constater la non-violation de l'article 102 TFUE (ou par analogie, de l'article 101 TFUE).⁴¹³

⁴¹⁰ Emile PAULIS, Céline GAUER, *Le règlement 1/2003 ...*, op.cit., p.38.

⁴¹¹ Ibidem.

⁴¹² Conclusions de l'avocat général Mazák, 7.12.2010, *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów contre Tele2 Polska sp. z o.o., devenue Netia SA*, Aff. C-375/09, Rec. 2011 p. 00000.

⁴¹³ L'AG explique qu'en vertu de l'article 10 du Règlement 1/2003, lorsque l'intérêt public de l'UE concernant l'application des articles 101 TFUE et 102 TFUE le requiert, la Commission, agissant d'office, peut constater par voie de décision que l'article 101 TFUE est inapplicable à un accord, à une décision d'association d'entreprises ou à une pratique concertée, soit parce que les conditions de l'article 101, paragraphe 1, TFUE ne sont pas remplies, soit parce que les conditions de l'article 101, paragraphe 3, TFUE sont remplies. La Commission peut également faire une telle constatation en ce qui concerne l'article 102 TFUE (point 34). Par conséquent, dans le Règlement 1/2003, le législateur a conféré à la Commission la compétence exclusive pour adopter des décisions de fond négatives (décisions d'inapplication) (point 35).

Cette interprétation, selon l'AG, est étayée par le 14 considérant du préambule du Règlement 1/2003, qui précise que, dans des cas exceptionnels et lorsque l'intérêt public de l'UE le requiert, la Commission peut adopter une décision de nature déclaratoire constatant l'inapplication de l'interdiction énoncée par l'article

Une décision de non-lieu (article 5 du Règlement 1/2003) n'est pas une décision constitutive des droits, elle ne s'apparente pas d'avantage à une décision de la Commission constatant la non-violation des articles 101 et 102 TFUE. Il est toujours possible de communiquer au REC la solution envisagée en application de l'article 11, paragraphe 5, du Règlement 1/2003⁴¹⁴, comme le fait, par exemple, de manière systématique en France l'Autorité de la concurrence (envoi de fiches dites *closed cases*). Enfin, la décision n'a pas autorité de chose décidée et n'empêche pas les éventuelles « victimes », si elles parviennent à nourrir leur dossier, d'intenter une action en répartition devant le juge de droit européen.⁴¹⁵ Ainsi, on revient à la question : quelles décisions peuvent entrer dans le champ d'application du principe « *non bis in idem* » (ou de son corolaire) ?

Les décisions imposant une amende aux entreprises ne posent pas de vraie difficulté, dans la mesure où la Cour de Justice a jugé dans *l'affaire PVC III*⁴¹⁶ qu'elles constituaient des condamnations aux fins d'application du principe « *non bis in idem* ».⁴¹⁷

Par contre, les décisions d'acceptation d'engagements au titre de l'article 9 du règlement 1/2003 ne peuvent pas constituer un acquittement ou une condamnation, puisque telles décisions, qui ne sont pas prononcées sur la matérialité de l'infraction, ne peuvent être pourvues de l'autorité de chose jugée. Enfin, elles sont en général adoptées dans des affaires où la procédure conduite par la Commission ne vise pas à l'imposition d'amende et ne peut dès lors pas être qualifiée de pénale.⁴¹⁸

Les décisions de rejet de plainte n'ont pas valeur d'acquiescement, car de telles décisions constituent l'expression de la discrétion des autorités administratives d'agir contre une infraction ou de s'abstenir de le faire. Ces décisions ne sont pas adressées à l'entreprise visée par la plainte et elles se bornent à statuer sur la position du plaignant. Une telle procédure est administrative par essence.⁴¹⁹

Néanmoins, il existe des décisions de rejet de plainte motivées au fond par l'absence d'infraction. En effet, leur dispositif se limite aussi à statuer sur la demande du plaignant.

101 TFUE ou l'article 102 TFUE, et ce afin de clarifier le droit et d'en assurer une application cohérente dans l'UE, en particulier pour ce qui est des nouveaux types d'accords ou de pratiques au sujet desquels la jurisprudence et la pratique administrative existantes ne se sont pas prononcées (point 36).

⁴¹⁴ « Les autorités de concurrence des États membres peuvent consulter la Commission sur tout cas impliquant l'application du droit communautaire ».

⁴¹⁵ Laurence IDOT, *Le Réseau européen de concurrence et l'impact du principe d'autonomie procédurale*, Europe n°1, Janvier 2011, alerte 1.

⁴¹⁶ CJCE, 15.10.2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) c/ Commission (PVCIII)*, *op.cit.*

⁴¹⁷ Emile PAULIS, Céline GAUER, *Le règlement 1/2003 ...*, *op.cit.*, p.38.

⁴¹⁸ Ibidem.

⁴¹⁹ Emile PAULIS, Céline GAUER, *Le règlement 1/2003 ...*, *op.cit.*, p.39.

Elles n'ont pas d'autorité de la chose jugée, comme elles ne statuent pas définitivement sur la question de l'existence ou de l'inexistence d'une infraction.⁴²⁰

Les décisions comportant un constat d'infraction et un ordre de cessation sont plus complexes, car elles se prononcent sur la matérialité de l'infraction en la constatant et pourraient de ce fait être assimilées à des condamnations sans sanction. Cependant, il faut distinguer les constats d'infraction selon le type de procédure à laquelle ils mettent un terme. Ainsi, lorsqu'une décision constatant une infraction est adoptée à l'issue d'une procédure dans laquelle il n'a pas été question de l'imposition d'une amende, il est difficile de soutenir que l'entreprise en cause a fait l'objet d'une accusation pénale et a été condamnée. Un tel constat d'infraction apparaît comme un pur acte administratif. Par contre, si la décision constatant l'infraction conclut une procédure dans laquelle l'autorité avait annoncé son intention d'imposer des amendes et y a finalement renoncé en tenant compte des arguments présentés par les entreprises dans leur défense, l'application du principe « *non bis in idem* » pourrait être possible.⁴²¹

Ainsi, après avoir analysé la mise en œuvre parallèle des normes du droit européen de la concurrence par la Commission européenne et par les ANC des États membres, on passe à l'examen aux questions qui apparaissent en cas d'application simultanée du droit européen de la concurrence et le droit national des États membres.

§ 2. L'application simultanée du droit européen de la concurrence et le droit national de la concurrence des États membres.

71. C'est l'arrêt *Walt Wilhelm c. Bundeskartellamt*, rendu en 1969 par la Cour, qui a donné une réponse directe au problème des rapports entre droit européen et droit national de la concurrence et est d'un intérêt tout particulier pour ce qui est du principe « *non bis in idem* ».

La Cour a tranché en principe en faveur de l'application concurrente des deux ordres juridiques, au motif qu'il serait imprudent de laisser la seule loi nationale s'appliquer aux faits car un tel abandon pourrait mettre en péril l'application uniforme des objectifs des

⁴²⁰ Communication de la Commission relative au traitement par la Commission des plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 du traité CE, para.79, JOUE n° C. 101 du 27 avril 2004, p.65.

⁴²¹ Emile PAULIS, Céline GAUER, *Le règlement 1/2003 ...*, op.cit., p.39.

Articles 81 et 82 du TCE (articles 101 et 102 TFUE). Essentiellement, la Cour a donc rejeté l'idée de l'invincibilité de l'exception « *non bis in idem* » lorsque c'est une juridiction nationale qui a rendu le jugement initial.

Toutefois, un tempérament capital est apporté par le paragraphe 11 du jugement :
« *Si, cependant, la possibilité d'une double procédure, devait conduire à un cumul de sanctions, une exigence générale d'équité, telle qu'elle a trouvé par ailleurs son expression dans la fin de l'alinéa 2 de l'article 90 du traité C.E.C.A., implique qu'il soit tenu compte de toute décision répressive antérieure pour la détermination d'une éventuelle sanction* ».

La plupart des auteurs en ont déduit que la Cour devait en définitive opérer une distinction entre les effets du comportement incriminé sur le marché national (lesquels ne peuvent être examinés par la Cour en raison de l'exception « *non bis in idem* » mais aussi pour une simple raison que la Cour n'est pas compétente pour trancher une matière purement nationale) et ceux sur le marché européen, lesquels constituent une matière à laquelle l'examen de la Cour peut toujours succéder à celui de la juridiction ou de l'autorité nationale. Surtout, la conséquence pratique de cette décision est que la Cour doit déduire de l'amende à laquelle elle condamne la somme infligée initialement par l'autorité nationale.⁴²²

Néanmoins, la décision rendue dans l'affaire *Walt Wilhelm* est limitée à deux égards.

Premièrement, elle ne permet guère de trancher l'hypothèse où une même règle européenne (ou le même ensemble de règles européennes) est appliqué successivement aux faits incriminés par deux autorités nationales.⁴²³

Ensuite, certains auteurs en doctrine estiment que le fondement même de la jurisprudence *Walt Wilhelm* a été ébranlé par le Règlement 1/2003, le principe de juridiction concurrente imposant désormais aux autorités nationales de faire respecter les règles européennes – par conséquent, le droit national ne peut plus être appliqué seul si le commerce entre les États membres est affecté ; les règles de conflit interdisent désormais aux règles nationales de conduire à un résultat différent de celui des règles européennes ; enfin, la plupart des règles nationales est en pratique inspiré des dispositions européennes.

⁴²² Voir Silke BRAMMER, *Co-operation between national competition agencies in the enforcement of EC Competition Law*, Oxford : Hart, 2009, pp. 343-419. Voir aussi Jean BOULOIS, Daniel FASQUELLE, Roger-Michel CHEVALLIER, Marc BLANQUET, *Les grands arrêts de la jurisprudence communautaire*, Tome 2, Dalloz, Paris, 2002, 400-406pp.

⁴²³ Ibidem.

Par conséquent, il est hautement contestable d'opposer les buts du droit européen aux buts du droit national.⁴²⁴

Par ailleurs, la lecture de l'arrêt *Fischer c. Autriche*⁴²⁵ rendu par la Cour EDH, selon certains auteurs,⁴²⁶ semble devoir imposer l'application du principe « *non bis in idem* » dès que les éléments essentiels de l'infraction sont identiques en tout ou partie, même si l'intitulé de ces infractions diffère, ce qui devrait imposer de sévères limites à la jurisprudence *Wilhelm*, ou même l'abolir totalement.

Toutefois, il faut prendre en considération qu'aujourd'hui, le droit national des États membres concernant la concurrence est harmonisé avec le droit européen, sauf quelques exceptions concernant les comportements unilatéraux.

Néanmoins, comme on l'a mentionné dans les Chapitres 1 et 2 du Titre I de la thèse, le droit national peut être tout à fait appliqué en parallèle ou suite à l'application du droit européen de la concurrence, surtout dans le cas où il poursuit un but différent. Aussi, comme c'était noté auparavant, ils peuvent exister les lois nationales plus strictes que l'article 102 TFUE. Pourtant, comme c'était expliqué auparavant dans les chapitres précités, il n'existe pas les normes du droit national plus strictes que l'article 101 TFUE.

Section 3. L'application extraterritoriale du principe « *non bis in idem* » par les institutions européennes.

74. Après avoir analysé l'application du droit européen par les institutions européennes et par les ANC des États membres, et l'application du droit national de la concurrence des États membres, on se borne à examiner l'aspect extraterritorial du principe « *non bis in idem* ».

Ainsi, dans le cadre de présente section on s'intéresse à l'application du droit européen de la concurrence et le droit de la concurrence des État tiers aux mêmes entreprises pour le même comportement.

Cette question a été traitée et examiné en détails dans la jurisprudence assez récente de la Cour de Justice : dans ces arrêts *Archer Daniels Midland*, *Showa Denko* et *SGL Carbon*. Toutefois, il faut préciser que la question posée dans ces arrêts était consacrée à la règle

⁴²⁴ Ibidem.

⁴²⁵ CrEDH, 26.04.1995, *Fischer v. Austria* (52/1993/447/526), Published 1995 by Council of Europe.

⁴²⁶ Brammer, Silke, Co-operation between national competition agencies in the enforcement of EC Competition Law, Oxford : Hart, 2009.

d'imputation de sanctions antérieures – le corollaire du principe « *non bis in idem* » (analysé au-dessus) et non au principe « *non bis in idem* » en tant que tel. Cependant, on présume que les conclusions auxquelles est arrivée la Cour dans ces affaires sont tout à fait transposable au pur principe « *non bis in idem* ».

Ainsi, dans l'affaire *Archer Daniels Midland*, les sociétés *Archer Daniels Midland Co.* et *Archer Daniels Midland Ingredients Ltd* (ci-après ADM) ont été condamnées pour avoir fixé les prix de la lysine dans l'espace économique européen, déterminé des quotas de vente pour ce marché et échangé des informations sur leur volume de vente. ADM a contesté la décision de la Commission infligeant une amende en invoquant les principes généraux du droit, notamment, la violation des principes de non-rétroactivité, d'égalité, de proportionnalité et du principe « *non bis in idem* ». Le Tribunal a rejeté le recours, ainsi, ADM a formé un pourvoi devant la Cour que celle-ci a rejeté.⁴²⁷

Le principe « *non bis in idem* », comme le relève la Cour, n'était pas invoqué en tant que tel. En effet, ADM, qui avait déjà été condamnée par les autorités américaines pour cette entente de caractère mondial, reprochait à la Commission de ne pas avoir compensé ou pris en compte les amendes déjà versées à d'autres autorités et sanctionnant les mêmes agissements. Mais ADM ne remettait pas en cause l'ouverture de la procédure par la Commission ou son pouvoir d'imposer une amende. Ce n'est pas l'autorité de chose jugée des décisions rendues par d'autres autorités de concurrence qui était en cause (« *res judicata* »), en application du principe « *non bis in idem* », mais l'équité qui devrait conduire à prendre en considération des sanctions antérieures⁴²⁸. Pour la Cour, « *les parties font valoir qu'il existe, dans les principes essentiels de la justice, un corollaire au principe « non bis in idem », selon lequel les sanctions concourantes concernant les mêmes faits doivent être prises en compte* » (point 46).⁴²⁹

La question de la mise en œuvre d'un tel principe par la Commission avait déjà été posée à la Cour dans une affaire ancienne où était également en cause une condamnation encourue aux États-Unis (*Boehringer Mannheim c/ Commission*). Mais la Cour avait subordonné l'examen de cette question à la preuve de l'identité des faits, preuve qui faisait

⁴²⁷ Gérard JAZOTTES, *L'obligation de prendre en considération lors de la détermination du montant de l'amende les sanctions infligées par les autorités d'un État tiers toujours en question*, RTD Com. 2006 p. 698.

⁴²⁸ Sur la différence de fondement de ces deux arguments, V. les Conclusions de l'avocat général H. Mayras dans l'aff. 7/72, *Boehringer Mannheim c/ Commission*, Rec. 1972, p. 1293.

⁴²⁹ Gérard JAZOTTES, *L'obligation de prendre en considération lors de la détermination du montant de l'amende ...*, op.cit., p. 698.

défaut puisqu'il n'était pas établi que la condamnation prononcée aux États-Unis avait visé des effets de l'entente autres que ceux intervenus dans ce pays (point 3). Autrement, lorsque, dans ce même arrêt, la Cour reconnaît que « *la Commission est obligée de tenir compte de sanctions qui auraient été supportées par la même entreprise pour le même fait* », il s'agit « *de sanctions infligées pour infraction au droit des ententes d'un État membre et, par conséquent, commises sur le territoire communautaire* » (point 3). Cette restriction au domaine d'application de ce principe résulte de l'arrêt *Wilhelm*, arrêt où la Cour reconnaît qu'une exigence générale d'équité « *implique qu'il soit tenu compte de toute décision répressive antérieure pour la détermination d'une éventuelle sanction* » (point 11). En effet, cette affirmation ne vaut que dans l'hypothèse d'une double poursuite au sein de l'UE et ce en raison, « *d'une part, de l'étroite interdépendance des marchés nationaux des États membres et du marché commun et, d'autre part, du système particulier de répartition des compétences entre la Communauté et les États membres en matière d'ententes sur un même territoire, celui du marché commun* », ainsi que la Cour le rappelle (point 50). Les requérantes n'étaient donc pas fondées à prétendre que l'application de ce principe avait été admise par la Cour lorsque les sanctions ont été infligées par un État tiers.⁴³⁰

Dès lors, en vertu de l'arrêt *Boehringer Mannheim c/ Commission*, pour que la question de l'application de ce corollaire du principe « *non bis in idem* » soit examinée, les requérantes devaient établir que les faits retenus à l'encontre d'ADM par la Commission, d'une part, et les autorités d'États tiers, d'autre part, étaient identiques. Or, selon la Cour, « *lorsque la sanction infligée dans l'État tiers ne vise que les applications ou les effets de l'entente sur le marché de cet État et la sanction communautaire que les applications ou les effets de celle-ci sur le marché communautaire, l'identité des faits fait défaut* » (point 69). ADM n'ayant pu établir que les sanctions imposées aux États-Unis et au Canada concernaient des applications ou des effets de l'entente litigieuse dans l'EEE, le grief fondé sur le refus de prendre en considération des sanctions antérieures n'était pas fondé.⁴³¹

Le professeur Gérard Jazottes nous propose de nous interroger sur ce qu'aurait pu être la position de la Cour dans l'hypothèse où telle preuve aurait été apportée. Selon lui, la Cour ne paraît pas prête à admettre que « *la sanction infligée par les autorités d'un État tiers soit un élément de nature à entrer dans l'appréciation des circonstances de l'espèce en vue de déterminer le montant de l'amende* ». En effet, après avoir rappelé l'argumentation du

⁴³⁰ Ibidem.

⁴³¹ Ibidem.

Tribunal qui est fondée sur la jurisprudence de la Cour évoquée précédemment (arrêts *Boehringer Mannheim c/ Commission* et *Wilhelm*), celle-ci n'envisage le caractère erroné de ce raisonnement qu'à titre d'hypothèse (« même à supposer que ce raisonnement soit erroné », point 52) pour évoquer la condition de l'identité des faits.⁴³² On observe encore une fois la confirmation de la non-application du principe « *non bis in idem* ». Ainsi, les requérantes invoquent le principe de proportionnalité devant la Cour.

Les entreprises faisaient valoir une violation du tel principe qui exigerait « *l'existence d'un certain rapport entre l'amende et le chiffre d'affaires à considérer* », ce dernier étant constitué, selon elles, par le chiffre d'affaires réalisé au cours de la dernière année d'infraction sur le marché de la lysine dans l'EEE, et non par le chiffre d'affaires global au cours de cette même période. Selon cette méthode de calcul, l'amende constituait 115 % de ce chiffre d'affaires de référence. La Cour a rejeté ce moyen en montrant que ni les textes ni sa jurisprudence ne pouvaient fonder la reconnaissance d'un principe d'application générale tel que celui invoqué par les requérantes.⁴³³

Ainsi, conformément à sa jurisprudence, si la détermination de l'amende doit prendre en considération le chiffre d'affaires global, mais aussi la part de ce chiffre qui résulte des marchandises faisant l'objet de l'infraction, une importance disproportionnée ne doit pas être attribuée à ces chiffres au regard des autres éléments d'appréciation, notamment la gravité et la durée de l'infraction.⁴³⁴ En outre, si la Cour a pu interpréter l'article 15, paragraphe 2, du Règlement 17 comme visant « *à éviter que les amendes soient disproportionnées par rapport à l'importance de l'entreprise* », il résulte de sa jurisprudence que cette disposition constitue une limite supérieure à l'intérieur de laquelle l'amende peut être fixée, cette limite étant calculée à partir du chiffre d'affaires global puisque seul ce chiffre peut « *effectivement donner une indication approximative* » de l'importance de l'entreprise⁴³⁵.

Ces rappels permettent à la Cour d'affirmer que « *le droit communautaire ne contient pas de principe d'application générale selon lequel la sanction doit être proportionnée à l'importance de l'entreprise sur le marché des produits faisant l'objet de l'infraction* » (point 101). De plus, le Tribunal pouvait valablement juger que « dans la mesure où le montant de

⁴³² Ibidem.

⁴³³ Ibidem.

⁴³⁴ CJCE, 7.06.1983, *Musique Diffusion Française*, Aff. jointes 100 à 103/80, Rec. 1983 p. 01825, point 121 ; et TPI, 20.03.2002, *Dansk Rorindustri c/ Commission*, T-21/99, Rec. 2002 p. II-01681, point 243.

⁴³⁵ *Musique Diffusion Française*, op.cit., points 118 et 119.

l'amende finale ne dépasse pas 10 % du chiffre d'affaires global d'ADM au cours de la dernière année d'infraction, elle ne saurait donc être considérée comme disproportionnée du seul fait qu'elle dépasse le chiffre d'affaires réalisé sur le marché concerné » (points 102 et 103). Le chiffre d'affaires réalisé au cours de la dernière année d'infraction sur le marché concerné dans l'EEE ne constitue donc qu'un critère parmi d'autres de détermination du montant de l'amende. Cependant, la Commission a très récemment attribué, de façon expresse, à ce critère un rôle particulier. En effet, dans ses nouvelles lignes directrices pour le calcul des amendes⁴³⁶ infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du Règlement 1/2003, adoptées le 28 juin 2006, elle déclare vouloir utiliser, pour déterminer le montant de base de l'amende à infliger, « *la valeur des ventes de biens ou services, réalisées par l'entreprise, en relation directe ou indirecte avec l'infraction, dans le secteur géographique concerné à l'intérieur du territoire de l'EEE* ». Cependant, la Commission prévoit, lorsque ce critère se révélerait être insuffisant, notamment dans l'hypothèse d'un cartel mondial, de procéder à une évaluation plus complexe prenant en considération « *la valeur totale des ventes des biens ou des services en relation avec l'infraction dans le secteur géographique (plus vaste que l'EEE) concerné* ». ⁴³⁷

Comme le résume le professeur Laurence Idot, en présence d'ententes internationales, un corollaire du principe « *non bis in idem* », qui impliquerait la prise en compte par la Commission des sanctions infligées antérieurement par des autorités d'États tiers, n'a pas lieu de jouer en l'absence d'identité des faits poursuivis. ⁴³⁸

En plus, à peine un mois plus tard après l'arrêt *Archer Daniels Midland* (en mai 2006), suite aux Conclusions de l'Avocat général Geelhoed⁴³⁹, la Cour confirme dans les arrêts *Commission c/ SGL Carbon AG, Showa Denko* et *SGL Carbon* que ledit corollaire n'a pas lieu de s'appliquer dans les relations avec les États tiers, en l'absence de tout principe de droit international, texte ou accord de coopération, et de toute violation des principes de

⁴³⁶ <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/legislation/fines.html>

⁴³⁷ Gérard JAZOTTES, *L'obligation de prendre en considération lors de la détermination du montant de l'amende ...*, op.cit., p. 698

⁴³⁸ Laurence IDOT, *Ententes mondiales et poursuites transatlantiques*, Europe n°7, Juillet 2006, comm.217.

⁴³⁹ Conclusions de l'avocat général Geelhoed, 19.01.2006, *Showa Denko KK c/ Commission*, Aff. C-289/04 P, Rec. 2006 p. I-05859 ; Conclusions de l'avocat général Geelhoed 19.01.2006, *SGL Carbon AG c/ Commission*, Aff. C-308/04 P, Rec. 2006 p.I-05977 ; Conclusions de l'avocat général Geelhoed, 19.01.2006, *Commission c/ SGL Carbon AG*, Aff. C-301/04 P, Rec. 2006 p. I-05915.

proportionnalité et d'équité (en revanche, la solution est plus complexe à l'intérieur de l'UE – voir le Tableau 1), selon l'appréciation de la Cour.⁴⁴⁰

La question de l'application du principe « *non bis in idem* » est encore soulevé dans l'affaire *Hoechst* (2008)⁴⁴¹. Dans sa décision le Tribunal a rappelé que l'application de ce principe est soumise à une triple identité des faits, de contrevenant et de l'intérêt juridique protégé (point 600). En cas d'espèce, le Tribunal souligne, classiquement, que des sanctions infligées par des États tiers (dans ce cas les États-Unis et le Canada) répondent à un objectif de protection d'un intérêt juridique distinct de l'intérêt européen, et refuse le moyen.⁴⁴²

Récemment, on a pu observer que la plupart des comportements anticoncurrentiels à grande échelle avaient une influence qui s'étendait au-delà d'un seul État ou même de l'UE, d'où la nécessité d'un accord mondial sur le sujet, comme le prouve amèrement le rejet par la Cour des pourvois des requérants dans les affaires *Lysine* (ADM) et *Graphite Electrodes* (*SGL Carbon, Showa Denko*), sur des motifs inspirés de *Wilhelm* et malgré l'existence de décisions préexistantes rendues dans des États tiers.

Conclusion : Combien d'autorités de concurrence peuvent poursuivre et sanctionner la même entreprise d'un État tiers pour le même comportement anticoncurrentiel ?

72. En guise de conclusion, il est possible de dire que l'application du principe « *non bis in idem* » reste réservée aux décisions pénales et que le corolaire de ce principe (l'imputation des sanctions antérieures) est invocable seulement dans le cas d'existence de décisions de la Commission et de l'autorité nationale d'un État membre.

Dans le cas de poursuites internationales (c'est-à-dire les poursuites par la Commission et par l'autorité de la concurrence d'un État tiers) il n'y a pas de possibilité d'appliquer le principe « *non bis in idem* ».

Cependant, on croit qu'avec le développement du commerce international et l'apparition de plusieurs entreprises multinationales, telle position doit être reconsidérée,

⁴⁴⁰ Laurence IDOT, *Ententes internationales et principe non bis in idem*, Europe n°8, comm. 250.

⁴⁴¹ TPI, 18.06.2008, *Hoechst GmbH c/ Commission*, Aff. T-410/03, Rec. 2008 p. II-00881.

⁴⁴² Michel DEBROUX, *Rôle de meneur – Principe non bis in idem*, Concurrences N° 3, 2008, p.87.

aussi en vue de l'efficacité douteuse de plusieurs processus menés par plusieurs autorités concernant la même entente ou le même abus de la position dominante.

Ainsi, comme on espère d'avoir montré dans le cadre de ce chapitre, il existe la nécessité forte pour une coopération international dans le domaine du droit de la concurrence en vue d'arrêter les plusieurs poursuites de mêmes entreprises pour les mêmes en sa substance violations. Il apparaît qu'un accord international pourra résoudre au minimum en partie ces problèmes (voit le Titre III de la thèse et la Conclusion générale).

Tableau 1.

	<i>Décision antérieure d'une autorité d'un État membre</i>		<i>Décision antérieure d'une autorité d'un État tiers</i>
	<i>Agissant en droit européen</i>	<i>Agissant en droit national</i>	
<i>Position de la Commission</i>	Non tenue par « non bis in idem » mais déduit de sa décision le montant de l'amende antérieure	<i>Non tenue par « non bis in idem »</i>	<i>Non tenue par « non bis in idem »</i>

Chapitre 2. L'application simultanée du droit de la propriété intellectuelle et du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers.

"CHARLES: It's an antitrust action.

ANDREW: It is, and it isn't, Charles. Sander Systems copies Highline's spreadsheet program.

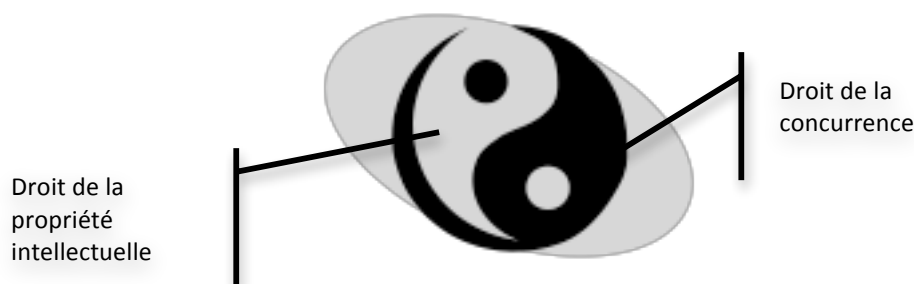
For me...the legal principle involved is copyright infringement".

Philadelphia,

film, réalisateur : Jonathan Demme, TriStar Pictures, 1993.

Introduction au conflit entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle.

73. L'angle d'attaque traditionnel du conflit. Le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence ont évolué historiquement comme deux systèmes de droit distincts et, à première vue, étaient aussi incompatibles que l'eau et le feu. Le droit de la propriété intellectuelle vise à protéger des intérêts particuliers et se fonde sur une logique de monopole, tant il permet au titulaire d'interdire à tout tiers non autorisé de commettre des actes qui violent ses droits exclusifs. Le droit de la concurrence a pour objectif de préserver l'intérêt collectif et se fonde sur une logique d'ouverture : l'autorité intervient pour préserver l'ordre public économique au bénéfice de la loi du marché. Il est possible de dire que le droit de la propriété intellectuelle est, à bien d'égards, l'exception la plus importante du droit de la concurrence. La conclusion générale est que ce qui n'est pas soumis aux règles standards du droit de la concurrence appartient au droit de la propriété intellectuelle et inversement, ce sont en quelque sorte le yin et yang de la pensée taoïste. Par conséquent, la tension entre les deux et même les conflits, issus de la logique différente, sont incontournables.



Il est intéressant aussi de regarder de manière plus proche l'évolution des relations entre les deux domaines dans le but de comprendre mieux la situation actuelle. Ainsi, entre 1985 et 1995, soit les dix ans pendant lesquels l'accord ADPIC (lequel est analysé en détails au-dessous, voir paragraphes 77 et s.) a été négocié à l'OMC, les autorités de concurrence ont eu tendance à considérer que la propriété intellectuelle était de nature à favoriser l'innovation, ainsi, il était nécessaire de lui accorder une protection renforcée et de limiter les conditions dans lesquelles une entreprise pouvait se voir condamner par l'effet du droit de la concurrence.⁴⁴³

Conséquemment, vers le milieu des années mille neuf cent quatre-vingt, l'approche dominante était celle selon laquelle le critère à utiliser pour évaluer des conditions restrictives dans les accords de licence consistait non pas à savoir si ces conditions étaient en elles-mêmes restrictives de concurrence mais à savoir si elles restreignaient la concurrence par rapport à ce qui se serait passé si aucune licence n'avait été accordée par le détenteur du droit de propriété intellectuelle. Selon cette position, il fallait considérer que l'entreprise détenant un droit de propriété intellectuelle avait un droit absolu de refuser de licencier et, d'autre part, à limiter considérablement le contrôle des conditions contractuelles de licence du point de vue du droit de la concurrence.⁴⁴⁴

Toutefois, dès la fin des années mille neuf cent quatre-vingt-dix, les économistes sont revenus à une vue plus équilibrée des rapports entre concurrence et innovation. Il est apparu que les organismes de la propriété intellectuelle qui confèrent les droits de propriété ont consenti un nombre croissant de droits de la propriété intellectuelle douteux au plan de l'innovation ou dont le champ était excessivement large et que les titulaires de ces droits les

⁴⁴³ Frédéric JENNY, *Droit de la concurrence et Droits de propriété intellectuelle : Juriste cherche économiste ... désespérément !* Rencontres économiques d'Aix en Provence, 6 Juillet 2007, http://www.lecerclledeséconomistes.asso.fr/IMG/pdf/F_Jenny.pdf, 24.10.2011.

⁴⁴⁴ Ibidem.

ont utilisés surtout à des fins défensives. Une telle prolifération de « mauvais » droit de la propriété intellectuelle a commencé à menacer non seulement la concurrence, mais également l'innovation.⁴⁴⁵ Aussi la pensée économique sur la relation entre concurrence et innovation a évolué sous l'influence d'un nombre croissant de travaux empiriques entrepris, notamment, par Frederic M. Scherer aux États-Unis⁴⁴⁶.

Dans les dernières décennies, les autorités de concurrence et les tribunaux ont interdit le comportement, qui était autrement licite en vertu de la législation sur la propriété intellectuelle, mais qui contrevenait aux règles du droit de la concurrence. Une telle interdiction a eu lieu dans quatre principaux domaines d'activité des titulaires des droits de la propriété intellectuelle. Premièrement, les États-Unis, l'UE et aussi le Japon ont posé des limites au comportement des titulaires des droits de la propriété intellectuelle, qui protégeait un standard de marché ou un monopole *de facto*. Le problème de concurrence dans ces cas représente, généralement, un comportement d'exclusion par les titulaires des droits de la propriété intellectuelle des innovateurs et des compétiteurs potentiels sur des marchés qui sont secondaires et dépendante d'un standard industriel protégé ou d'un monopole *de facto*. Le comportement anticoncurrentiel a eu tendance à prendre la forme de « refus de vendre », « refus de licence », « refus de fournir les codes d'une interface du logiciel », ou « *tie-in* » (produit dérivé) ou un « *bundling* » illégal (vente de plusieurs produits différents mais liés ensemble dans un seul assortiment), mais de tels actes sont devenus interdits parce qu'ils sont vus comme une tentative d'augmenter de manière artificielle le pouvoir renforcé du « marché primaire » sur le « marché secondaire » (voir *Microsoft* ci-dessous). Deuxièmement, les États-Unis, l'UE et le Japon ont créé une réglementation détaillée de certains aspects des accords de licences bilatéraux, soit par les « *guidelines* » officielles soit par la législation. Troisièmement, les pratiques de sociétés de gestion collective, les accords de R & D, les brevets et les *pools* de technologie ont soulevé la question du traitement approprié par le droit de la concurrence de la coopération entre les compétiteurs dans les domaines liés à la propriété intellectuelle. Finalement, dans le domaine des fusions et acquisitions, les titulaires de droits de propriété intellectuelle ont constaté que les autorités de concurrence sont intervenues à l'occasion, pour limiter les titulaires de droits de propriété intellectuelle dans leur possibilité d'acquérir des

⁴⁴⁵ Ibidem.

⁴⁴⁶ Voir, par exemple, Frederic M. SCHERER, *International high-technology competition*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1992.

technologies concurrentes et aussi pour exiger le transfert obligatoire des licences aux tiers
comme condition d'agrément de fusion.⁴⁴⁷

Pour en revenir aux licences il faut souligner qu'elles représentent un problème classique dans la relation entre le droit de la propriété intellectuelle et droit de la concurrence. Généralement les licences ne sont pas prohibées en soi, à moins qu'elles n'aboutissent à une restriction de la concurrence. Au cas du conflit la cour examinera chaque fois si la licence particulière peut restreindre la concurrence.

Ainsi, il paraît qu'aujourd'hui la protection de la propriété intellectuelle est soumise au contrôle du droit de la concurrence.⁴⁴⁸ Toutefois, on pose la question de savoir comment ce contrôle est réalisé sur le niveau européen et sur le niveau des États membres par rapport aux entreprises des États tiers, on s'intéresse aussi à la régulation générale sur le niveau international (surtout dans le cadre de l'OMC). Par conséquent, on divise ce chapitre en deux sections : le traitement des contradictions entre de droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle dans le cadre de l'UE et sur l'arène internationale.

74. Nouvel angle d'attaque. Comme il était expliqué auparavant, la contradiction entre ces deux domaines du droit est apparue dès leur naissance et aujourd'hui il existe une multitude de travaux consacrés à ce sujet.⁴⁴⁹ Cependant, comme on s'intéresse à la question particulière des difficultés que rencontrent les entreprises des États tiers touchant au marché européen, on limite la présente recherche à la partie de l'analyse des relations entre ces deux domaines du droit qui concerne directement telles entreprises, ce qui constituera le nouvel angle d'attaque de ce problème.

Il était expliqué à l'introduction au présent Titre que le droit de la propriété intellectuelle est aussi le droit extraterritorial (surtout ces parties réglant les droits d'auteur et les brevets) comme le droit de la concurrence. Ainsi, en ayant les droits extraterritoriaux, les propriétaires, en exploitant tels droits, peuvent causer les effets en dehors de leurs territoire d'origine, et tels effets sur le marché européen peuvent certainement inciter l'application du droit européen de la concurrence aux ces auteurs.

⁴⁴⁷ *The Interface between Intellectual Property Rights and Competition Policy*, edited by Steven D. ANDERMAN, IPAcademy Singapore, Cambridge University Press, 2007, p.1.

⁴⁴⁸ Hanns ULLRICH, *Propriété intellectuelle, concurrence et régulation...*, *op.cit.*, p.402.

⁴⁴⁹ Voir, par exemple, *La politique de la concurrence et les droits de propriété intellectuelle dans l'économie de savoir*, sous la direction de Robert D. ANDERSON et Nancy T. GALLINI, University of Calgary Press, 1998, 572p. ; Camille MARECHAL, *Concurrence et propriété intellectuelle*, Vol. 32 le Droit des affaires. Propriété Intellectuelle, Litec, 2009, 475 p.; Steven ANDERMAN, Ariel EZRACHI, *Intellectual Property Law and Competition Law : New Frontiers*, Oxford University Press, 2011, 432p.

En plus, comme la propriété intellectuelle n'a pas un corps physique dans le sens traditionnel du terme, elle n'est pas fortement liée à un territoire concret, à part le droit des marques. En traversant les frontières si aisément, les droits issus de la propriété intellectuelle créent un effet d'entraînement sur plusieurs États ce que peut provoquer l'application du droit européen de la concurrence dans le but de protéger le marché interne et les consommateurs de l'UE. Il est difficile de trouver un autre domaine du droit qui n'a pas le terme « international » dans son nom et qui sera aussi extraterritorial que le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence.

Il faut prendre en considération que l'époque actuelle, de nature postindustrielle, voit la propriété intellectuelle jouer un rôle extrêmement important aux points de vue économique et social. Le droit protégeant la propriété intellectuelle soutient le progrès technologique, car les propriétaires des innovations et des inventions sont plus motivés à investir dans la recherche, en sachant que leur propriété si spécifique est protégée. Souvent en proposant les biens et services plus traditionnels les entreprises sont les propriétaires des plusieurs droits de la propriété intellectuelle et l'exploitation de tels droits peut produire les mêmes effets extraterritoriaux que l'offre transnational des biens et services. L'exemple le plus connu de telle exploitation est l'arrêt *Microsoft* qui est analysé dans le cadre du présent chapitre.

Ce conflit entre les deux domaines du droit est aussi examiné en particulier au sein de la thèse car on s'intéresse à la possibilité pour les entreprises des États tiers d'invoquer les normes du droit de propriété intellectuelle non-européen en vue d'échapper à l'application des normes du droit européen de la concurrence. Comme ces deux domaines du droit poursuivent les buts opposés il n'est pas impossible à imaginer que un peut être utilisé pour se protéger contre l'autre. Ainsi, il est intéressant de savoir si le droit de la propriété intellectuelle des États tiers ou international peut servir de bouclier contre le droit européen de la concurrence ?

Il est difficile de trouver un exemple concret d'entreprise d'État tiers invoquant son droit national de propriété intellectuelle en vue de justifier sa non-conformité aux normes du droit européen de la concurrence. Ainsi, cette supposition reste hypothétique. Néanmoins, le droit international de propriété intellectuelle a déjà été invoqué devant le Tribunal comme le droit étant en conflit avec le droit européen de la concurrence et pouvant, ainsi, libérer les entreprises des États tiers de l'application de certaines normes du droit

européen de la concurrence. C'est l'entreprise américaine Microsoft qui, à certaines occasions, a déjà tenté d'opposer les normes du droit international de propriété intellectuelle (celles de l'accord ADPIC) aux normes du droit européen de la concurrence.⁴⁵⁰

Ce cas sera analysé en détail dans ce chapitre comme il était déjà mentionné auparavant.

L'autre question qui apparaît concerne la protection de l'objet de la propriété intellectuelle : en cas de conflit sur le marché européen entre le droit de la propriété intellectuelle et droit européen de la concurrence quel droit de propriété intellectuelle sera plutôt pris en compte – l'euro-péen ou celui d'un État tiers, ou même les deux ? Comment le problème sera-t-il traité s'il y a des contradictions entre le droit européen de la propriété intellectuelle et le droit non-euro-péen ?

Ainsi, il est particulièrement pertinent de s'intéresser au problème des relations entre le droit européen de la concurrence et droit de la propriété intellectuelle, comme cette question soulève encore une fois plusieurs conflits possibles dans le cadre de l'application du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers.

Section 1. Le conflit entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle dans le cadre de l'UE.

75. La présente section est divisée en deux paragraphes : la réglementation au plan européen et la réglementation au niveau national des États membres des relations entre le droit de propriété intellectuelle et droit européen de la concurrence dans le but de montrer clairement quelles normes du droit européen les entreprises des États tiers doivent prendre en compte si elles exercent une activité économique importante dans le domaine de la propriété intellectuelle.

§ 1. La réglementation européenne du droit de propriété intellectuelle.

Tout d'abord, il est nécessaire de présenter les règles générales concernant le droit de propriété intellectuelle au niveau de l'UE : les normes législatives européennes ainsi que la jurisprudence pertinentes seront examinées. Ensuite, on attirera l'attention sur les

⁴⁵⁰ TPI, *Microsoft Corp. c/ Commission*, T-201/04, 17.09.2007, Rec. 2007 p. II-03601, voir pp. 777-813 et 1168-1193.

problèmes de l'épuisement des auparavant (voir paragraphe 65) : droit de marques, droit de brevets et droits d'auteurs, seront analysés. L'étude commence par la présentation des normes du droit européen de la propriété intellectuelle droits de la propriété intellectuelle des entreprises multinationales (il s'agit premièrement de l'épuisement international des droits de marques). Les trois degrés du droit de la propriété intellectuelle, discutés.

75.1. Le droit européen de la propriété intellectuelle. Tout d'abord, il faut noter qu'à l'intérieur de la réglementation européenne il faut distinguer l'existence de la marque européenne (dite communautaire) et les dessins ou modèles européens et l'harmonisation de certains droits nationaux de propriété intellectuelle tels que les marques, les dessins et modèles, les brevets en matière d'inventions biotechnologiques, et certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins. Des discussions sont en cours au niveau du Conseil des ministres concernant la création d'un brevet européen.⁴⁵¹ Toutefois, il existe déjà une Convention sur le brevet européen.⁴⁵² L'existence de la marque européenne et les dessins ou modèles européens permet de déposer la demande de dépôt de marque ou de dessins ou modèles auprès de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (ci-après OHMI) pour que le droit en question soit protégé sur tout le territoire de l'UE.

Pour d'autres droits de propriété intellectuelle, tels que le brevet en matière d'invention biotechnologiques et certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins, la matière est simplement harmonisée et le titulaire de droit de la propriété intellectuelle doit chercher la protection dans chaque État membre séparément.

Les aspects généraux de la propriété intellectuelle au niveau européen sont réglés par la *Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle*⁴⁵³, tandis que les aspects plus spécifiques sont réglés par toute une échelle des normes européennes.⁴⁵⁴

On prendra garde, en résumé, à ne pas confondre :

⁴⁵¹ http://europa.eu/legislation_summaries/fight_against_fraud/fight_against_counterfeiting/l26057a_fr.htm, 5.07.2011

⁴⁵² Pour plus d'information visiter http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/intellectual_property/l26056_fr.htm et http://www.epo.org/law-practice/legal-texts/epc_fr.html, 20.08.2012.

⁴⁵³ JO L 195 du 2.6.2004, p.16-25

⁴⁵⁴ Pour plus d'information visiter http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/intellectual_property/index_fr.htm, 28.08.2012.

- d'une part, la disponibilité de droits individuels assurant une protection sur l'intégralité du territoire de l'UE, sous l'égide de l'OHMI, pour les marques, d'une part et les dessins et modèles d'autre part (de telle sorte que, par exemple, le titulaire d'une marque européenne pourra s'opposer au dépôt d'une marque similaire ou analogue dans l'un quelconque des États membres),
- d'autre part, la mise en place d'une harmonisation des droits nationaux à l'égard d'une fraction donnée du droit de la propriété intellectuelle.

Dans le but de montrer les différents aspects du droit européen de la propriété intellectuelle de manière le plus synthétisée mais en même temps claire et précise, il est utile de présenter tels aspects sous une forme d'un tableau.

Tableau 1.

Type de droit de PI	Disponibilité de droits de dimension européenne	Harmonisation	Organisation responsable pour la protection de droit de PI
Marques	X	X	OHMI
Dessins et modèles	X	X	OHMI
Brevet	En discussion	- sauf harmonisation des brevets en matière d'invention biotechnologique	Autorités nationales de chaque EM
Droits d'auteur et droits voisins	-	Certains aspects seulement	Autorités nationales de chaque EM

75.1.1. Il ne faut pas aussi oublier les arrêts *Magill* du 6 avril 1995⁴⁵⁵ et *IMS Health* du 29 avril 2004⁴⁵⁶ qui ont posé les fondements de **la théorie des facilités essentielles** en

⁴⁵⁵ CJCE, 6.04.1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c/ Commission des Communautés européennes*, Aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, Rec. 1995 page I-00743. Voir, par exemple, André KÉRÉVER, *Concurrence - Droit communautaire - Abus de position dominante*, Revue internationale du droit d'auteur 1995 n° 165 p.166-171 ; Caroline CARREAU, *Droit d'auteur et abus de position dominante: vers une éviction des législations nationales? (A propos de l'affaire Magill)*, Europe 1995 Juillet Chron. n° 8 p.1-4 ; , Thomas C. VINJE, *The Final Word on Magill*, European Intellectual Property Review 1995 p.297-303 ; Simon M. TAYLOR, *Copyright versus Right to Compete - The Judgment of the ECJ in Magill*,

Europe. Dans la première affaire, des entreprises de télévision avaient refusé de communiquer à la société *Magill TV Guide Ltd* des informations indispensables pour lui permettre de publier un guide hebdomadaire de programmes télévisuels. Dans la deuxième affaire, la société *IMS Health*, qui proposait une étude de marché sur la vente de produits pharmaceutiques reposant sur une structure géographique divisée en modules, avait refusé d'octroyer une licence sur ces données à un concurrent.⁴⁵⁷ Dans les deux arrêts la Cour de Justice avait considéré que le refus par une entreprise en position dominante d'octroyer une licence (l'une portant sur des grilles de programmes télévisés et l'autre sur une base de données des ventes de spécialités pharmaceutiques) à ses concurrents sur un marché voisin de celui sur lequel elles étaient en position dominante, était abusif.⁴⁵⁸

Toutefois, il n'est pas impossible à imaginer que c'est l'entreprise d'un État tiers qui refuse l'accès à une facilité essentielle, ainsi, une condition pour la concurrence parfaite (l'accès libre sur le marché) est violée, et tel refus peut provoquer plusieurs effets négatifs sur la concurrence, probablement, partout dans le monde, y compris l'UE. Il est aussi intéressant à noter que la doctrine de la facilité essentielle était née aux Etats-Unis et était prononcé pour la première fois dans la décision de la Cour Suprême *United States v. Terminal Railroad Association*.⁴⁵⁹ Cette doctrine est aussi reconnu dans les autres pays (par

Computer and Telecommunications Law Review 1995 p.99-102 .

⁴⁵⁶ CJCE, 29.04.2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG c/ NDC Health GmbH & Co. KG*, Aff. C-418/01, Rec. 2004 p. I-05039. Voir, par exemple, Laurence IDOT, *Abus de position dominante: du nouveau sur la conciliation entre concurrence et droit de propriété intellectuelle. Le refus d'accorder une licence d'utilisation peut être constitutive d'un abus de position dominante*, Europe 2004 Juin Comm. n° 214 p.27 ; Josef DREXL, *IMS Health and Trinko - Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal-to-Deal Cases*, International Review of Industrial Property and Copyright Law 2004 p.788-808 ; Estelle DERCLAYE, *The IMS Health Decision: A Triple Victory*, World Competition 2004 n° 3 p.397-405.

⁴⁵⁷ Etienne Wery, *Le droit de la concurrence et la propriété intellectuelle sont-ils incompatibles ?*, Droit & Technologies, 10.06.2008, <http://www.droit-technologie.org/actuality-1144/le-droit-de-la-concurrence-et-la-proprieete-intellectuelle-sont-ils-inc.html> , 29.08.2011

⁴⁵⁸ Claire VANNINI, *L'affaire Microsoft: le droit de la concurrence saisi par le politique?*, Questions d'Europe, 19.11.2007, http://www.robert-schuman.eu/doc/questions_europe/qe-80-fr.pdf , 29.08.2011.

Il ressort des nombreuses affaires soumises aux juridictions nationales et européennes que, pour être mise en œuvre, la théorie des facilités essentielles nécessite la réunion des critères suivants :

- 1) un refus d'accès dépourvu de justification objective,
- 2) émanant d'une ou plusieurs entreprises en position dominante sur un marché amont,
- 3) portant sur une facilité indispensable pour exercer une activité sur un marché aval,
- 4) impossible à reproduire dans des conditions raisonnables,
- 5) faisant obstacle à l'apparition d'un produit nouveau.

Ces critères offrent aux autorités de concurrence une large marge de manœuvre pour apprécier si un comportement est ou non un abus. Etienne WERY, *Le droit de la concurrence et la propriété intellectuelle*, op.cit.

⁴⁵⁹ 224 U.S. 383 (1912).

exemple, en Russie où Gazprom est obligé d'accorder l'accès à ces gazoducs aux producteurs indépendants), mais il est probable que certains pays n'acceptent pas cette doctrine ce que peut mettre leurs entreprises dans la situation difficile quand elles tombent sur le champ d'application du droit européen de la concurrence (par exemple, aux Émirats Arabes Unis il n'existe pas le droit de la concurrence en tant que tel).

Cependant, comme la présente thèse ne vise pas à examiner en détails le droit de la propriété intellectuelle en tant que tel, ce bref rappel des normes de base est suffisant pour le but de la recherche. Néanmoins, il existe une pléiade des études consacrées spécialement au droit de la propriété intellectuelle dans l'UE et dans les pays non-européens, et même aux interactions générales entre ce droit et droit de la concurrence, citées auparavant (voir paragraphe 65).

Il est possible de résumer l'approche du droit européen sur la régulation des droits de la propriété intellectuelle comme suivant : l'existence de tels droits n'est pas contraire au droit de la concurrence, tandis que l'exercice de ces droits peut-être abusive. Par conséquence, l'application abusive de tels droits peut créer les effets partout dans le monde, y compris le marché européen, et dès que le marché européen est concerné, le droit européen de la concurrence peut être appliqué sans regard au pays d'origine de l'auteur de telle distorsion.

75.2. La jurisprudence européenne sur les relations entre le droit de propriété intellectuelle et le droit européen de la concurrence applicable aux entreprises non-européennes. Après avoir brièvement présenté les normes législatives sur la propriété intellectuelle dans l'UE il est nécessaire de regarder comment telles règles sont appliquées aux entreprises non-européennes. Déjà en 1976 dans l'arrêt *EMI c/ CBS*⁴⁶⁰, portant sur l'interprétation des dispositions du TCE relatives à la libre circulation des marchandises et aux règles de concurrence en matière de droit de marque, la Cour a affirmé *qu'« une entente entre des opérateurs économiques à l'intérieur du marché commun et des concurrents dans des pays tiers, d'où résulterait un isolement de l'ensemble du marché commun qui réduirait, dans l'aire communautaire, offre de produits originaires de pays tiers, similaires à ceux protégés par une marque à l'intérieur de la Communauté, pourrait être de*

⁴⁶⁰ CJCE, 15.06.1976, *EMI Records Limited c/ CBS United Kingdom Limited*, Aff. 51-75, Rec. 1976, p. 00811 ; Voir aussi CJCE, 15.06.1976, *EMI Records Limited c/ CBS Grammofoon A/S*, Aff. 86-75, Rec. 1976, p. 00871, CJCE, 15.06.1976, *EMI Records Limited c/ CBS Schallplatten GmbH*, Aff. 96-75, Rec. 1976, p. 00913.

nature à altérer les conditions de la concurrence à l'intérieur du marché commun » (point 28). Elle a aussi ajouté que « dans le cas où le titulaire de la marque litigieuse dans le pays tiers dispose à l'intérieur de la Communauté de plusieurs filiales établies dans divers États membres et qui sont en mesure de commercialiser les produits en cause dans le marché commun, cet isolement serait également susceptible d'affecter le commerce entre États membres » (point 29).

Ainsi, déjà à cette époque le problème, à premier regard issu du droit des marques et ayant comme les acteurs les entreprises non-européennes, a été traité comme n'importe quel autre technique visant à restreindre la concurrence à la fin du compte. La Cour a regardé effectivement au cœur de la question et a conclu que *« les principes de droit communautaire ainsi que les règles relatives à la libre circulation des marchandises et à la concurrence n'interdisent pas au titulaire d'une même marque dans tous les États membres de la Communauté d'exercer ses droits de marque, reconnus par la législation nationale de chaque État membre, en vue de faire obstacle à la vente ou à la fabrication par un tiers dans la Communauté de produits revêtus de la même marque, détenu dans un pays tiers, pour autant que l'exercice desdits droit n'apparaisse pas comme le fait d'une entente ou de pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet d'isoler ou cloisonner le marché commun »* (point 38). Autrement dit, il n'est pas possible d'utiliser le droit de marque pour créer une restriction de la concurrence sur le marché interne et le propriétaire de tels droit, même venant d'un pays tiers, doit respecter le droit européen de la concurrence, surtout, en prenant en compte, qu'il travaille directement sur le marché interne. En effet, comme les marques sont attachés au territoire concret il n'y a pas de différence entre le propriétaire d'une marque déposé à l'UE d'origine d'un État tiers et une le propriétaire européen d'une marque européenne. Il n'y a pas d'extraterritorialité en tant que tel, car toute activité issue du droit de marque sera dans ce cas sur le territoire de l'UE.

Un peu plus tard, en 1979, dans l'arrêt *Greenwich*⁴⁶¹ concernant le droit d'auteur, la Cour a stipulé que *« si une société d'exploitation des droits d'auteur des compositeur de musique devait être considérer comme une entreprise qui exploite de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci, la circonstance que cette exploitation ne concernait, dans certains cas, que l'exécution dans des*

⁴⁶¹ CJCE, 25.10.1979, *Greenwich Film Production c/ Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM) et Société des éditions Labrador*, Aff. 22/79, Rec. 1979, p. 03275

pays tiers de contrats conclu sur le territoire d'un État membre par des parties dépendant de cet État, ne fait pas obstacle à l'applicabilité de l'article 86 du TCEE (102 TFUE) » (point 13). Dans ce cas on observe déjà plus de l'extraterritorialité dans l'exploitation des droits de la propriété intellectuelle. Toutefois, il y a à nouveau un lien direct avec le marché européen : la position dominante sur tel marché. Dans la présente affaire la Cour confirme que les propriétaires des droits d'auteurs, qui ne sont pas représentés par un corps physique, qui ne sont pas attachés à un territoire donné, sont aussi soumises au respect du droit de la concurrence.

Ces deux arrêts précités représentent le fondement de l'approche européen concernant l'interaction entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle incluant les acteurs non-européens. Ainsi, on voit que la question de l'application du droit de propriété intellectuelle et du droit européen (communautaire) de la concurrence par rapport aux entreprises des États tiers touchant au marché interne a été soulevé il y a déjà plus de trente ans, ce que prouve encore une fois que les entreprises non-européennes doivent connaître le droit européen de la concurrence aussi bien que le droit de la propriété intellectuelle (leur domaine de l'activité économique principale), et tous les conflits possibles à apparaître à cause de différences entre leur droit national de la propriété intellectuelle (probablement, même du droit international de la propriété intellectuelle (comme on le verra dans l'affaire *Microsoft* plus tard dans ce chapitre)) et le droit européen de la concurrence.

Telle approche ne paraît pas illogique comme on impose les mêmes standards sur toutes les entreprises affectant le commerce entre les États membres, toutefois, il est évident que pour les entreprises non-européennes il est beaucoup plus difficile à connaître les normes d'un droit étranger (dans le cas en question : le droit européen) qui est limitrophe à leurs domaine d'activité (la propriété intellectuelle) que pour une entreprise européenne. En plus, comme on le verra plus tard dans le cadre de ce chapitre, les entreprises des États tiers n'ont pas même la possibilité de s'appuyer sur le droit international de la propriété intellectuelle (affaire *Microsoft*).

75.3. Épuisement du droit de propriété intellectuelle et les entreprises multinationales. Le concept d'épuisement des droits de propriété intellectuelle a une importance considérable pour les entreprises à l'échelle mondiale car il a une incidence sur les possibilités de contrôle de la distribution des produits protégés par des droits de

propriété intellectuelle. Selon ce concept, dès lors qu'un titulaire d'un droit de propriété intellectuelle a vendu un produit couvert par ce droit, il n'a aucun moyen d'en interdire la revente ultérieure, comme l'on considère que les droits de propriété intellectuelle relative à ce bien ont été « épuisés » par la première vente.⁴⁶²

Le droit des marques et le principe de la libre circulation des marchandises dans l'Espace économique européen (ci-après « EEE ») sont très tôt entrés en conflit. La directive 89/104 du 21 décembre 1988, telle que modifiée par l'Accord sur l'EEE du 2 mai 1992, a donc organisé la coexistence entre ces deux principes juridiques, et consacré, en son article 7 paragraphe 1, la théorie de l'épuisement du droit de marque. Ainsi, le titulaire d'une marque ayant mis un de ses produits dans le commerce au sein de l'EEE ne peut plus s'opposer ultérieurement à la revente et à la libre circulation de celui-ci dans ce même espace, sauf exceptions, liées par exemple à l'altération du produit. C'est le principe de l'épuisement du droit de marque. *A contrario*, un produit de marque ne peut être vendu ou revendu dans l'EEE, que si ce produit y a été initialement commercialisé par ou avec l'accord du titulaire de la marque. Il convient en effet de rappeler que la CJE a toujours refusé de reconnaître un épuisement international du droit de marque (CJCE 16 juillet 1998 arrêt *Silhouette* C-335-96). Ainsi, le titulaire conserve son droit d'interdire la commercialisation, au sein de l'EEE, des produits qu'il a mis dans le commerce en dehors de l'EEE. A défaut, la revente de ce produit constitue un acte de contrefaçon de marque et/ou de concurrence déloyale.⁴⁶³

Néanmoins, dans l'arrêt *Zino Davidoff et Levi Strauss*⁴⁶⁴, qui a été rendu dans un cas où les biens ont été commercialisés hors EEE dans un premier temps et transportés dans l'EEE par la suite, la Cour a fait un pas vers la reconnaissance de l'épuisement international du droit de marque en affirmant que la mise en circulation dans l'EEE doit être appréciée à la lumière de la mise en circulation en dehors de l'EEE. Ainsi, si aux États-Unis le titulaire du droit de marque a signifié son accord à la mise en circulation par le silence, il est possible de déduire de ce comportement qu'une attitude similaire, lors de la mise en circulation dans l'EEE, sera elle-même constitutive de consentement (voir points 47, 60, 66, dispositions 1-3).

⁴⁶² Déclaration de politique générale « *Épuisement des droits de propriété Intellectuelle* », Préparée par la Commission de la Propriété Intellectuelle et Industrielle, Chambre de Commerce Internationale, Doc N 450/904 Rev, 7 janvier 2000.

⁴⁶³ Jean-Christophe GRALL, Nathalia KOUCHNIR-GARGILL, *Epuisement du droit de marques dans l'EEE*, *La revue de marques*, N 68, Janvier 2010, p.63.

⁴⁶⁴ CJCE, 20.11.2001, *Zino Davidoff SA contre A & G Imports Ltd et Levi Strauss & Co. et autres contre Tesco Stores Ltd et autres*, Aff. jointes C-414/99 à C-416/99, Rec. 2001 page I-08691

Il est capital de bien noter que cette décision ne reconnaît pas l'épuisement international du droit de marque à proprement parler (il se contente de tirer les conséquences, quant à la qualification de mise en vente sur le marché EEE, d'éléments factuels intervenus dans un pays tiers). Cependant, si la tendance à la reconnaissance de la théorie l'épuisement international du droit de propriété intellectuelle, selon laquelle une mise en vente sur un marché quelconque du monde entraîne l'épuisement du droit partout dans le monde, y compris dans l'Union européenne, se confirme, les conséquences pour les entreprises des Etats tiers seraient aussi spectaculaires que dramatiques. Supposons, en nous inspirant de l'arrêt précité, qu'une entreprise se procure légalement des pantalons de la marque Levi Strauss au Bangladesh. Le Bangladesh est un pays dont le niveau de vie est très largement inférieur à la moyenne de l'UE,⁴⁶⁵ et par conséquent le niveau des prix y est lui-même extrêmement faible en comparaison de l'UE. L'acquéreur légitime des pantalons Levi Strauss serait en mesure de les revendre en Allemagne, France etc. à vil prix sans que la société Levi Strauss ni ses preneurs de licence ne puissent invoquer le droit de marque au revendeur. Dans ce cas de figure, il y a fort à parier que les consommateurs ne préfèrent pas les pantalons plus onéreux.

Ainsi, de telles ventes peuvent certainement affecter le commerce entre les États membres. Par conséquent, le droit européen de la concurrence entrera en jeu pour résoudre le conflit et surtout protéger le marché européen. Toutefois, question de l'équilibre entre la protection des consommateurs (dans ce cas les acheteurs de jeans de bonne qualité et bon marché) et celle de la concurrence se posera, et il ne sera pas facile de trouver une réponse satisfaisante.

Comme noté à plusieurs reprises auparavant, la seule solution possible pour résoudre de tels conflits transfrontaliers, accentués par la complexité des relations entre deux domaines du droit, est de l'attaquer dans le cadre d'un accord international, de discuter ce problème avec les autres pays du monde et trouver une solution reconnue universellement.

§ 2. Le droit de la propriété intellectuelle dans les États membres.

⁴⁶⁵ Voir, par exemple, <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/bg.html>, 15.06.2012.

76. Comme on l’a mentionné auparavant, plusieurs droits de la propriété intellectuelle sont déjà harmonisés au niveau des États membres (voir Tableau 1). Ainsi, il n’y aurait pas une grande différence pour une entreprise d’un État tiers correspondre aux normes concernant, par exemple, les dessins ou modèles ou marques en France ou en Allemagne, parce que ces normes sont harmonisées selon les exigences européennes. Néanmoins, certains droits de la propriété intellectuelle ne sont pas harmonisés, comme par exemple le brevet. Par conséquent, un tel droit peut varier d’un État membre à l’autre et les entreprises des États tiers seront obligées de prendre telles variations en considération et aussi estimer comment une telle différence peut se refléter sur leurs obligations de respecter les normes du droit européen de la concurrence.

Par exemple, en France l’auteur dispose aussi d’un « droit moral »⁴⁶⁶ de refuser, entre autres, d’accorder une licence sur son œuvre qui la dénaturerait. Ainsi, si l’œuvre était créée en France l’auteur d’une telle œuvre peut facilement refuser d’accorder une licence, ce qui dans la situation normale ne sera pas considéré comme la violation du droit européen de la concurrence.

En guise de conclusion on peut dire qu’une entreprise d’un État tiers doit prendre en compte les relations entre le droit européen de la concurrence et les certains aspects du droit de propriété intellectuelle des États membres qui ne sont pas harmonisés et qui peuvent varier d’un pays à l’autre, néanmoins, plusieurs aspects sont harmonisés et l’abus du droit de propriété intellectuelle (ce que en soi peut provoquer la situation anticoncurrentielle sur le marché) est interdit partout dans l’UE.

⁴⁶⁶ Le droit moral est défini de manière suivante : *L’auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible.* (Art. L.121-1 de la Code de la propriété intellectuelle créé par Loi 92-597 1992-07-01 annexe JORF 3 juillet 1992) Il est ainsi obligatoire de citer l’artiste dans toutes les exploitations que l’on peut faire de son œuvre (en particulier dans les affiches, les publications, les revues, les catalogues et les mises en ligne pour l’utilisation sur un site Internet). Ce qu’est le plus important dans le cas d’espèce c’est que le droit moral comprend aussi le droit de divulgation : *l’auteur a seul le droit de divulguer son œuvre* (Art. L.121-2 de la Code de la propriété intellectuelle créé par Loi 92-597 1992-07-01 annexe JORF 3 juillet 1992), et le *droit de repentir et de retrait* (Art. L.121-4 de la Code de la propriété intellectuelle créé par Loi 92-597 1992-07-01 annexe JORF 3 juillet 1992) qui s’exerce même en cas de cession des droits d’exploitation (comme la vente d’une commande) mais sous des conditions restrictives (indemnisation du commanditaire, « droit d’option »). http://crd.irma.asso.fr/article.php3?id_article=50 , 17.08.2011.

Section 2. Le conflit entre le droit européen de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle au niveau international.

Dans cette section on se borne à analyser premièrement l'Accord de l'Organisation mondiale du commerce (ci-après l'OMC) sur les Aspects de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC ou TRIPS en anglais), en particulier parce que l'accord était déjà utilisé (néanmoins, sans succès) pour se protéger de l'application du droit européen de la concurrence à une entreprise d'un État tiers (affaire *Microsoft*), et un exemple des relations entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle dans un pays non-européen sera présenté.

§ 1. L'accord ADPIC et le droit européen de la concurrence.

77. L'accord ADPIC comporte deux principaux articles sur droit de la concurrence.⁴⁶⁷ Le premier est l'article 8-2, qui se trouve dans la partie I de l'Accord, consacrée aux *Dispositions générales et principes fondamentaux*. Cet article permet aux membres de prendre trois types de mesures en vue d'éviter « *l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle par les détenteurs de droits* », « *le recours à des pratiques qui restreignent de manière déraisonnable le commerce* » ou à celles qui sont « *préjudiciables au transfert international de technologie* ». En particulier, sont concernés les abus de position dominantes et les ententes anticoncurrentielles. Cette habilitation a cependant des limites. Les mesures visées doivent être compatibles avec les dispositions de l'Accord sur l'ADPIC, ainsi, il est interdit d'adopter des législations qui remettent en cause les droits de propriété intellectuelle reconnus par l'accord.⁴⁶⁸

Toutefois, l'article 40 donne plus de liberté aux parties de l'Accord d'adopter la législation spécifique dans le but de protéger les droits de la propriété intellectuelle ainsi que la concurrence sur les marchés des parties à l'Accord (voir Annexe 4). Cet article a été introduit dans l'accord à la demande des pays en développement, qui étaient disposées à protéger les droits de propriété intellectuelle, mais à condition que leurs abus puissent être

⁴⁶⁷ L'Accord ADPIC est aussi analysé dans le chapitre suivant.

⁴⁶⁸ Pierre ARHEL, *L'ADPIC: un équilibre entre propriété intellectuelle et concurrence*, Petites affiches, 17.11.2010, N° 229, p.3.

interdits.⁴⁶⁹ On s'intéresse surtout aux deux premiers paragraphes de l'article 40. Ils sont dans la même logique que l'article 8 puisqu'ils rappellent que les membres peuvent prendre des mesures pour lutter contre certaines pratiques anticoncurrentielles. Cependant, ils ont un champ d'application plus étroit puisqu'ils ne visent que les accords de licence : « *Aucune disposition du présent accord n'empêchera les membres de spécifier dans leur législation les pratiques ou conditions en matière de concession de licences qui pourront, dans des cas particuliers, constituer un usage abusif de droits de propriété intellectuelle ayant un effet préjudiciable sur la concurrence sur le marché considéré* ». Cette disposition est suivie aussi d'une liste illustrative des pratiques visées. Celle-ci comprend les clauses de rétrocession exclusives⁴⁷⁰, les clauses empêchant la contestation de la validité d'un droit de propriété intellectuelle⁴⁷¹ et les régimes coercitifs de licences groupées⁴⁷² (article 40-2).⁴⁷³

Toutefois, les règles européennes relatives aux licences contractuelles se retrouvent dans le *Règlement (CE) n° 772/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie*⁴⁷⁴. Celui-ci est accompagné de *lignes directrices de la Commission sur l'application du droit des ententes auxdits accords*⁴⁷⁵. Ce qui est intéressant, c'est le fait que les trois pratiques visées à l'article 40-2 ne sont pas traitées de façon uniforme par le Règlement. En effet, les rétrocessions exclusives et les dispositions empêchant la contestation de la validité d'un droit de la propriété intellectuelle sont dans la liste des restrictions exclues (elles sont cependant susceptibles de bénéficier d'une exemption individuelle à l'issue d'un examen au cas par cas). Cependant, les entreprises ne détenant pas un pouvoir de marché peuvent librement recourir aux licences liées.⁴⁷⁶ Toutefois, l'article 40 paragraphe 2 a omis deux types de pratiques particulièrement graves : les ententes et les abus de position dominante. Pourtant le Règlement 2004 comporte une liste de pratiques

⁴⁶⁹ Ibidem.

⁴⁷⁰ Les clauses qui garantissent que les améliorations apportées par le licencié à l'invention breveté seront la propriété exclusive du donneur de la licence.

⁴⁷¹ Les clauses qui interdisent par avance au licencié ou cessionnaire du droit de PI de contester de la validité de celui-ci.

⁴⁷² Le régime où le donneur de licence subordonne l'octroi d'une licence sur un droit donné au fait que le preneur prenne également une licence pour une autre technologie ou achète un produit au donneur ou à une personne désignée par lui (le produit lié).

⁴⁷³ Pierre ARHEL, *L'ADPIC: un équilibre...*, op.cit.

⁴⁷⁴ JO L 123 du 27.4.2004, p. 11–17.

⁴⁷⁵ Communication de la Commission - Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité CE aux accords de transfert de technologie, JO n° C 101 du 27.4.2004.

⁴⁷⁶ Ibidem.

dites caractérisées, considérées comme les péchés capitaux des relations contractuelles entre donneur et preneur (« clauses noires »).⁴⁷⁷

Ainsi, on observe les certaines différences entre le Règlement 2004 et l'Accord ADPIC, conséquemment il est utile d'analyser l'Accord ADPIC de manière plus attentive et détaillé dans le but de savoir si ces différences créent les problèmes particuliers pour les entreprises des États tiers.

I. Ententes et Accord ADPIC.

77.1. On remarque que l'Accord ADPIC laisse aux États signataires dudit accord le soin de régler la question de la prohibition des ententes empêchant la concurrence sur le marché concerné de la propriété intellectuelle. Constituent des restrictions caractérisées, selon le *Règlement 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie*, entre concurrents (il existe aussi une liste de clauses interdites pour les accords entre les entreprises qui ne sont pas concurrentes), la restriction de la capacité d'une partie à l'accord de déterminer ses prix de vente à des tiers, la limitation de la production, la répartition des marchés ou des clients ainsi que la capacité du preneur à exploiter sa propre technologie ou la restriction de la capacité du preneur à exploiter sa propre technologie ou la restriction de la capacité de l'une des parties à l'accord à effectuer de la recherche développement (sauf si cette dernière restriction est indispensable pour empêcher la divulgation du savoir-faire concédé à des tiers).⁴⁷⁸

Le droit des ententes est aussi susceptible de s'appliquer en dehors des accords de licence. Il suffit, par exemple, de penser aux accords entre le titulaire d'un brevet sur un produit pharmaceutique et les producteurs potentiels de génériques⁴⁷⁹ par lesquels ceux-ci s'engagent à retarder le développement de leurs produits sur le marché.⁴⁸⁰

Ainsi, comme le droit européen de la concurrence est applicable aux entreprises des États tiers si leur activité touche au marché européen, les entreprises travaillant dans le domaine de la propriété intellectuelle ne doivent pas se contenter de suivre leurs propres

⁴⁷⁷ Ibidem.

⁴⁷⁸ Ibidem.

⁴⁷⁹ Médicaments génériques utilisent la même composition moléculaire qu'un médicament qui autre fois était couvert par le droit de brevet mais dont ledit brevet test désormais expiré.

⁴⁸⁰ Pierre ARHEL, *L'ADPIC: un équilibre...*, op.cit.

lois nationales et les lois internationales, telle quelle est l'Accord ADPIC, mais aussi prendre en compte le droit européen de la concurrence. Telle complexité s'est reproduit surtout à cause du fait que l'Accord ADPIC laisse aux ses parties de régler les questions d'ententes eux-mêmes. Par conséquence, les entreprises ayant leur activité dans le domaine qui est historiquement en conflit avec le droit de la concurrence doivent maîtriser non seulement le droit de la propriété intellectuelle, mais aussi ceci de la concurrence, ce que n'est évidemment pas facile ou même naturel pour la plupart des entreprises.

Probablement, un accord international dédié au droit de la concurrence aurait pu résoudre, au minimum en partie, ce problème. La proposition de tel accord, ainsi que les atouts et les défauts seront examinés dans la troisième partie de la thèse.

Ainsi, après avoir présenté le problème concernant les ententes dans le domaine de la propriété intellectuelle, il est logique d'étudier l'abus de la position dominante dans le cadre de la propriété intellectuelle.

II. Abus de position dominante et l'Accord ADPIC.

77.2. L'UE (comme de nombreux autres membres de l'OMC) punit les pratiques qu'elle estime constitutives d'un abus de position dominante. Deux catégories peuvent être distinguées : d'une part, les comportements d'exclusion d'un concurrent, par refus de licence, par exemple, et d'autre part l'exploitation d'un autre opérateur économique, concurrent ou non (par exemple prix excessivement élevé envers un client ou exclusivement bas exigé d'un fournisseur). On remarque cependant que le régime juridique de ces pratique peut varier considérablement selon la juridiction concernée, dans la mesure où l'accord sur les ADPIC, comme nous l'avons signalé plus haut, laisse à ses signataires le soin de régler la matière (et leur permet même de ne pas la régler du tout) : par exemple, prix excessivement élevé et refus d'octroi de licence – ne sont pas généralement illicites aux États-Unis.⁴⁸¹

Si, dans son souci de trouver un équilibre par nature problématique entre droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle, l'accord sur les ADPIC est silencieux sur de nombreux aspects, il n'en est pas de même de la question des licences obligatoires à laquelle l'accord consacre de longs et substantiels développements.⁴⁸² Ainsi, comme dans le cas des ententes, les entreprises des États tiers doivent connaître non seulement le droit de leur

⁴⁸¹ USA, Cour Suprême, *Dawson Chemical Co c/ Rohm Haas*, 448 US 175, 215, 1980.

⁴⁸² Pierre ARHEL, *L'ADPIC: un équilibre...*, *op.cit.*

pays d'origine et le droit international, mais aussi le droit européen de la concurrence et ses relations avec le droit de la propriété intellectuelle, suite à son application extraterritoriale. La fameuse affaire *Microsoft* sera analysée en détails plus tard dans le cadre du présent chapitre, l'affaire où l'article du TFUE sur l'abus de la position dominante (article 102) et l'Accord ADPIC étaient mis en position de confrontation par la *Microsoft Corporation*.

Néanmoins, il y a un aspect du droit de la propriété intellectuelle touchant au droit de la concurrence qui est adressedans le cadre de l'Accord ADPIC : les licences obligatoires, l'analyse de quelles est présenté au-dessous.

III. ADPIC et licences obligatoires.

77.3. L'accord ADPIC, en son article 31, autorise les membres de l'OMC à accorder des licences obligatoires (c'est-à-dire octroyées en dépit d'un refus du titulaire du droit) de brevet et de topographie de circuits intégrés. Ledit article 31 soumet l'octroi de cette licence à une litanie de conditions, la plus importante exigeant que la licence soit autorisée « *principalement* » pour l'approvisionnement du pays membre qui a accordé cette licence. Cette disposition suscite deux séries de questions.⁴⁸³

Premièrement, si l'approvisionnement de ce pays est l'objectif *principal* de cette licence obligatoire, quels peuvent être les autres objectifs que les membres de l'OMC peuvent viser, en admettant que ces objectifs existent seulement (on pourrait penser à des licences obligatoires octroyées dans un but punitif, par exemple) ? Par ailleurs, est-ce à dire que ces objectifs peuvent exister concurremment avec l'objectif principal ou sont-ce des objectifs *secondaires* qui ne peuvent être poursuivis qu'en complément de la condition *sine qua non* de l'approvisionnement du marché ?

Deuxièmement, un problème pratique se pose dans le cas de nombreux brevets, où l'autorité compétente (celle de la juridiction d'enregistrement du brevet) est celle où la licence obligatoire n'est guère nécessaire, mais la lettre de la disposition imposerait par exemple qu'une licence obligatoire portant sur un médicament anticholérique produit par un laboratoire pharmaceutique lyonnais serve à l'approvisionnement du marché français, et non des pays les moins développés. Diverses dispositions ultérieures de l'OMC ont tenté de

⁴⁸³ Ibidem.

pallier cette difficulté.⁴⁸⁴ D'autres conditions plus formelles sont, on l'a dit, énoncées à l'article 31 ; la plupart obéissent au simple bon sens : ainsi, la licence est évidemment non exclusive, rémunérée, octroyée seulement après qu'un refus initial du titulaire a été constaté, et octroyée au cas par cas et au vu des circonstances propres de l'espèce.⁴⁸⁵

Après avoir analysé les règles de l'accord ADPIC portant sur les relations entre le droit de la concurrence et droit de propriété intellectuelle on passe à l'examen de fameux cas Microsoft où l'entreprise américaine invoque les normes de l'accord ADPIC devant le Tribunal en demandant d'annulation de la décision de la Commission relative à une procédure d'application de l'article 82 TCE (102 TFUE) engagé contre *Microsoft Corp.* (Affaire COMP/C-3/37.792 – Microsoft, JO 2007, L 32, p.23), ou, à titre subsidiaire, une demande d'annulation ou de réduction de l'amende infligée dans cette décision à la requérante.

IV. L'invocation des normes de l'accord ADPIC en tant que bouclier contre le droit européen de la concurrence (arrêt Microsoft).

77.4. Ainsi, il est très important d'attirer l'attention sur la décision rendue en 2004 par la Commission Européenne dans l'affaire Microsoft et l'arrêt postérieur du Tribunal de 2007 (lesquels feront aussi l'objet d'un examen approfondi dans une section ultérieure de cette thèse consacrée au droit de l'OMC, voir paragraphe 91 et s.).

Le conflit de Microsoft concernait le refus d'octroi de licence de droits de propriété intellectuelle (brevet, marque et droit d'auteur) ayant lieu sur le territoire des États-Unis, mais ses effets étaient localisés aussi sur le territoire de l'UE. Dans une espèce complexe l'un des arguments le plus remarquable avancé par Microsoft était tiré d'une non-conformité alléguée de l'octroi par la Commission d'une licence obligatoire à certaines dispositions de l'Accord ADPIC. Ainsi, Microsoft a essayé d'utiliser le droit international en tant que bouclier contre le droit européen de la concurrence.

Cependant, selon le Tribunal, il n'y a que trois cas où le juge européen doit contrôler la conformité d'un acte européen à l'égard de l'Accord ADPIC. Dans l'arrêt 2007 Microsoft invoque l'arrêt *Commission c/ Allemagne*, qui, selon Microsoft, contient le principe selon lequel le droit communautaire (européen), en ce compris l'article 82 TCE (102 TFUE), devait

⁴⁸⁴ Ibidem.

⁴⁸⁵ Ibidem.

être interprété à la lumière des accords internationaux conclus par la Communauté, tels que ledit accord (CJCE, 10.10.1996, Commission c/ Allemagne, C-61/94, Rec. p. I-3989, point 52). Néanmoins, la Tribunal en citant le point 52 de ledit arrêt souligne que « *la primauté des accords internationaux conclus par la Communauté sur les textes de droit communautaire dérivé commande d'interpréter ces derniers, dans la mesure du possible, en conformité avec ces accords* ». Ainsi, le Tribunal dit que « *force est de constater que le principe d'interprétation conforme (...) ne s'applique pas que dans l'hypothèse où l'accord international en cause a primauté sur le texte communautaire concerné. Un accord international, tel que l'accord ADPIC, n'ayant pas primauté sur le droit communautaire primaire, ce principe ne saurait notamment trouver à s'appliquer lorsque (...) la disposition prétendument sujette à l'interprétation est l'article 82 CE (102 TFUE)* » (point 798). Tel principe représente **le premier cas où le juge européen doit contrôler la conformité d'acte européen à l'égard de l'accord ADPIC.**

Toutefois, on voudrait mentionner que la position du Tribunal selon laquelle le droit dérivé doit être interprété à la lumière des accords internationaux mais qui prétend au contraire que le droit primaire est libéré d'une telle obligation paraît étrange, puisque le droit dérivé doit être en conformité avec le droit primaire.

Dans l'arrêt 2007 le Tribunal donne encore deux cas quand les normes européennes doivent être contrôlées par rapport à leur conformité aux normes des accords de l'OMC. « *Ce n'est que dans l'hypothèse où la Communauté (l'UE) a entendu donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre de l'OMC ou dans le cas où l'acte communautaire (européen) renvoie expressément à des dispositions précises des accords OMC qu'il appartient au juge communautaire (européen) de contrôler la légalité de l'acte communautaire en cause au regard des règles de l'OMC* » (point 802). Ainsi, ces deux hypothèses constituent les deux derniers cas quand le juge européen doit contrôler la conformité d'acte européen à l'égard de l'accord ADPIC.

Il est évident qu'il n'est pas possible d'utiliser le droit international de la propriété intellectuelle dans le but de se protéger contre l'application extraterritoriale du droit de la concurrence, comme il n'est pas possible d'utiliser le principe « *non bis in idem* » dans le cas des poursuites internationales. Ainsi, les entreprises transnationales se retrouvent à nouveau dans la situation difficile, obligées de connaître et respecter les lois de plusieurs pays et plusieurs niveaux, qui peuvent être interprétées de manière différente. Il est évident

que le conflit initial entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle devient plus important et complexe au niveau international, et il n'existe pas un mécanisme efficace pour résoudre les problèmes qui apparaissent. Dans le but d'aider à améliorer telle situation le modèle d'un accord international sera proposé dans la troisième partie de la thèse. Cependant, il paraît aussi intéressant de regarder le travail d'autres organisations internationales qui s'occupent du droit de la propriété intellectuelle et leurs rôles dans les relations avec le droit européen de la concurrence.

§ 2. Un exemple des pays en voie de développement.

78. L'expérience des pays en voie de développement en matière de licences obligatoires, quoique nécessairement parcellaire, n'est pas dénuée d'intérêt. On constate que la Commission de la concurrence sud-africaine, dans le cas de refus d'octroi de licences de médicament antirétroviraux, exige un triple engagement des entreprises incriminées : octroi de licences à plusieurs entreprises sud-africaines, diminution des redevances, et autorisation des licenciés d'exporter les médicaments dans toute l'Afrique subsaharienne : fascinant exemple d'application extraterritoriale du mélange entre droit de la concurrence et droit de la propriété intellectuelle dans le but de protéger les consommateurs.⁴⁸⁶

Ainsi, il est évident que les relations entre le droit de propriété intellectuelle et droit de la concurrence sont étroitement liées partout dans le monde, et que souvent la violation d'un peut provoquer la violation d'un autre. Par conséquent les entreprises travaillant dans ce domaine sont obligées de tenir en compte les relations entre ces deux domaines du droit. Toutefois, il est possible de créer l'environnement juridique plus accueillant pour les entreprises qui ont l'activité transnationale dans le monde moderne de l'économie globale et aussi protéger les consommateurs de manière égale partout sur la planète. Il est clair que l'Accord ADPIC ne suffit pas pour régler les relations issues du droit de la concurrence, par conséquent l'accord international sur la concurrence qui pourra adresser tous les problèmes nommés au-dessus directement. En plus, comme on a déjà l'Accord ADPIC dans le cadre de l'OMC la conclusion d'un accord sur la concurrence au sein de même organisation paraît logique et naturel.

⁴⁸⁶ Pierre ARHEL, *L'ADPIC: un équilibre...*, op.cit.

Conclusion.

79. Après avoir analysé plusieurs aspects de l'interaction entre le droit européen de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle incluant les entreprises des États tiers sur le niveau européen et international, la proposition principale de la thèse reste la même : en ayant déjà un accord international sur la propriété intellectuelle (ADPIC) on a besoin d'un tel accord sur la concurrence dans le but de créer les règles pour les entreprises multinationales plus claires et uniformes, ce que promouvra dans son tour le commerce international. Aujourd'hui les normes de l'ADPIC sur la concurrence sont trop flexibles et peuvent être interprétées différemment dans les pays différents ce que ne rassure pas les entreprises. Il est temps de résoudre ce nœud de problèmes par la conclusion d'un accord international sur la concurrence.

Chapitre 3. L'application simultanée du droit international privé et du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers.

*“Apart from competition authorities
private market participants also play
an important role in the general system of
cartel law enforcement”.*

Interaction of Public and Private Enforcement in Cartel Cases,

Report to the ICN annual conference, Moscow, May 2007.

Introduction au sujet des relations entre le droit européen de la concurrence et le droit international privé.

80. Ce chapitre de la thèse s'intéresse aux relations entre le droit international privé européen et le droit européen de la concurrence, et à la signification de ces relations aux entreprises des États tiers touchant au marché interne. C'était mentionné auparavant (voir paragraphe 65) le droit international privé traite aussi les situations ayant les éléments de l'extraterritorialité comme le fait souvent le droit européen de la concurrence. Conséquemment, il est possible que ces deux domaines du droit soient appliqués simultanément ou successivement à un conflit concernant les entreprises des États tiers. C'est pour ces raisons et quelques autres décrits au-dessous cette recherche attire attention aux relations entre tels domaines du droit.

Tout d'abord, il est nécessaire de souligner que le droit de la concurrence est un droit régulateur, et au sens du droit international privé « une loi de police »⁴⁸⁷. Ainsi, le droit européen de la concurrence en tant que « loi de police » s'applique d'office aux entreprises des États tiers affectant le marché interne – il n'y pas de règles de *conflits des lois*, comme on trouve dans le cadre du droit international privé, il s'applique dès que les conditions nécessaires sont remplies (voir paragraphe 6 et s.). Cependant, le droit international privé

⁴⁸⁷ Concernant la notion de « la loi de police » voir, par exemple, William PISSOORT, Patrick SAERENS, *Initiation au droit commercial international*, De Boeck, 2004, p. 65.

s'applique aux problèmes connexes au droit de la concurrence, mais initialement le droit international privé a évidemment des buts différents : régler les relations internationales contractuelles et non-contractuelles entre deux parties privées.

Les problèmes connexes sont contenus dans l'article 6 du *Règlement (CE) N° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles* (ci-après Rome II). Ledit article est consacré à la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale et la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte restreignant la concurrence. Par conséquent, il est évident qu'il est possible de chercher les dommages et intérêts causé par un acte de concurrence déloyale ou par un acte restreignant la libre concurrence (ainsi, chercher la réparation du dommage dans le cadre du droit privé causé par la violation du droit public). Cependant, il faut clarifier quelle est la procédure exacte, quels sont les critères et les fondements d'une telle action.

On peut imaginer la situation quand l'entreprise d'un État tiers, qui n'a pas respecté le droit européen de la concurrence, peut être aussi poursuivie par les personnes morales et/ou physiques privées qui cherchent réparation des dommages causés par telle entreprise dans le cadre du procès civil (suite à la poursuite par les autorités de concurrence). Il paraît aussi que comme les juridictions nationales sont d'office compétentes pour statuer sur les questions du droit européen de la concurrence (Règlement 1/2003), rien n'empêche les parties privées s'adresser directement au tribunal s'ils supposent qu'il y a une violation des articles 101 ou 102 TFUE causant les dommages à eux. Plusieurs questions apparaissent dans ce cas.

Ainsi, on cherche à savoir s'il est possible pour une personne privée de poursuivre en justice un concurrent sur le fondement des règles générales de la responsabilité délictuelle en s'appuyant sur la décision de la Commission Européenne ou de la Cour de Justice ou du Tribunal ou même de l'autorité nationale qui a prononcé la violation du droit européen de la concurrence ? A titre d'exemple, on peut penser à une entente qui cause des pertes à certains concurrents, lesquels cherchent désormais réparation. L'autre question liée à celui-ci est-ce que les consommateurs peuvent introduire une même action s'appuyant sur les mêmes fondements ?

En répondant brièvement, on peut confirmer que cette action semble possible sur le fondement du paragraphe 3 de l'article 6 du Règlement Rome II, mentionnant les « actes

restreignant la libre concurrence ». Cette terminologie est très similaire à celle employée par l'article 101 TFUE qui interdit de « *restreindre (...) le jeu de la concurrence* » ; par conséquent nous pouvons assumer que les notions identiques, d'autant plus que les versions anglaises du règlement et du traité, par exemple, font référence à une phraséologie identique (*restriction of competition*). Par ailleurs, le considérant 23 du préambule du Règlement Rome II définit la notion de restriction du jeu de la concurrence aux fins du Règlement.

Ainsi, selon ledit paragraphe, la notion de restriction du jeu de la concurrence devrait couvrir les interdictions visant les accords entre les entreprises, décisions d'associations d'entreprises et pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence dans un État membre ou dans le marché intérieur, ainsi que l'interdiction d'exploiter de façon abusive une position dominante dans un État membre ou dans le marché intérieur lorsque de tels accords, décisions, pratiques concertées ou abus sont interdits par les articles 101 et 102 du TFUE ou par la loi d'un État membre.

La position de la Commission sur ce problème est présentée dans le *Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, Bruxelles, le 2 avril 2008, COM(2008) 165 final⁴⁸⁸ (apparu suite au Livre vert, Bruxelles, le 19 décembre 2005, COM(2005) 672 final⁴⁸⁹), lequel sera analysé en détails plus tard. Il est intéressant de remarquer que le Livre blanc suit les idées générales présentées dans le rapport annuel d'ICN de 2007 à Moscou⁴⁹⁰, qui a son tour fait plusieurs références sur le Livre vert de 2005. Ainsi, il est possible de dire que les positions de la Commission et d'ICN se reflètent et que les deux institutions trouvent la nécessité de régler la possibilité d'introduire l'action en dommages et intérêts suit d'un acte restreignant la libre concurrence très important et surtout non-séparée de la politique concurrentielle générale.

L'autre question apparaît dans les termes suivants : est-il possible d'appliquer les paragraphes 1 et 2 de l'article 6 pour chercher réparation des dommages subis du fait d'une concurrence déloyale, en fondant également cette action sur la décision, européenne ou nationale, appliquant le droit européen de la concurrence ? Comme on le verra, la réponse

⁴⁸⁸ Ci-après Livre blanc.

⁴⁸⁹ Ci-après Livre vert.

⁴⁹⁰ *Interaction of Public and Private Enforcement in Cartel Cases*, Report to the ICN annual conference, Moscow, May 2007.

est beaucoup moins claire (suite au fait que la concurrence déloyale est traditionnellement plutôt la notion du droit privé). Conséquemment le chapitre suit l'idée de l'article 6 de Rome II et est divisé en deux sections : *Règlement Rome II et les actes restreignant la libre concurrence* et *Règlement Rome II et la concurrence déloyale*.

Section 1. Règlement Rome II et les actes restreignant la libre concurrence.

81. Le paragraphe 3 de l'article 6 du Règlement Rome II est consacré aux actes restreignant la libre concurrence, il précise la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte restreignant la concurrence.⁴⁹¹ Il faut souligner que c'est implicitement que tel paragraphe approuve l'existence d'une action en réparation sur le fondement des violations des normes du droit européen de la concurrence (articles 101 et 102 TFUE – voir le considérant 23) et droits nationaux pertinents des États membres (ibidem). Toutefois, le Livre blanc confirme la possibilité de telle action et en tant que « *soft law* » de l'UE propose les cadres généraux pour les actions en dommages et intérêts causés par les infractions aux règles européennes sur l'article 101 et 102 TFUE.

§ 1. Les règles générales pour les actions en dommages-intérêts causés par un acte restreignant la libre concurrence.

82. On commence par l'analyse des règles générales pour introduction des actions en dommages-intérêts dans le cas de violation de l'article 101 ou 102 TFUE en vue d'examiner en dernière analyse la possibilité de poursuivre en justice une entreprise d'État tiers non seulement par les autorités publiques européennes, mais aussi par les personnes physiques

⁴⁹¹ « 3. a) La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte restreignant la concurrence est celle du pays dans lequel le marché est affecté ou susceptible de l'être.

b) Lorsque le marché est affecté ou susceptible de l'être dans plus d'un pays, le demandeur en réparation qui intente l'action devant la juridiction du domicile du défendeur peut choisir de fonder sa demande sur la loi de la juridiction saisie, pourvu que le marché de cet État membre compte parmi ceux qui sont affectés de manière directe et substantielle par la restriction du jeu de la concurrence dont résulte l'obligation non contractuelle sur laquelle la demande est fondée. Lorsque le demandeur, conformément aux règles applicables en matière de compétence judiciaire, cite plusieurs défendeurs devant cette juridiction, il peut uniquement choisir de fonder sa demande sur la loi de cette juridiction si l'acte restreignant la concurrence auquel se rapporte l'action intentée contre chacun de ces défendeurs affecte également de manière directe et substantielle le marché de l'État membre de cette juridiction ».

et morales privées. Ainsi, on pose la même question qu’au début : quelle est la procédure pour les actions en dommages-intérêts dans le cas analysé?

Comme on a mentionné auparavant, il est tout à fait possible d’introduire une telle action dans le cadre de procédure civile générale ou spéciale (voir le rapport annuel d’ICN de 2007 à Moscou) dans la plupart des pays, y compris les États membres. La position officielle de l’UE sur cette question est représentée par la Commission dans le Livre blanc. Toutefois, même avant le Livre blanc, le Règlement Rome II était adopté au niveau européen prévoyant la possibilité de tels recours. Il est évident que Rome II, en tant que règlement de droit international privé donne surtout les règles du conflit, et comme on s’intéresse premièrement aux conflits internationaux c’est cet acte (l’article 6) qu’on va examiner en détails dans le cadre de ce chapitre.

Selon la jurisprudence européenne, la voie de la réparation des dommages en cas d’application du paragraphe 3 de l’article 6 de Rome II est la suivante : premièrement, il est nécessaire d’avoir la décision d’une autorité compétente (Commission EU, autorité nationale d’un État membre, la décision de la Cour ou du Tribunal, ou la décision de la cour nationale) constatant la violation du droit européen de la concurrence ; deuxièmement, il faut prendre en considération que le juge national (c’est devant lui le requérant cherchera les dommages et intérêts) peut appliquer seulement la loi nationale concernant la réparation de dommages, mais il ne peut pas changer la définition du fait dommageable qui était déjà apprécié par l’autorité appliquant initialement le droit européen de la concurrence (voir l’arrêt *Manfredi*⁴⁹²).

En vue de mieux comprendre cette procédure et répondre aux questions concernant le recours en dommages et intérêts suite à un acte restreignant la libre concurrence, il est nécessaire d’analyser la jurisprudence à ce sujet et la position de la Commission présentée dans le Livre vert en 2005 et le Livre blanc en 2008.

I. Jurisprudence européenne. L’exégèse par prémonition de Rome II.

⁴⁹² CJCE, 13.07.2006, *Vincenzo Manfredi c/ Lloyd Adriatico Assicurazioni (C-295/04)*, *Antonio Cannito c/ Fondiaria Sai SpA (C-296/04)* et *Nicolò Tricarico (C-297/04)* et *Pasqualina Murgolo (C-298/04) c/ Assitalia SpA*, Aff. jointes C-295/04 à C-298/04, Rec. 2006 p. I-06619.

Deux arrêts européens fondamentaux sur le sujet sont *Courage* et *Manfredi* lesquels sont examinés en manière détaillée au-dessous dans le but de montrer le point de vue de la Cour de Justice.

A. L'arrêt *Courage*.

82.1. L'arrêt de la Cour de Justice *Courage*⁴⁹³ est un des premiers arrêts sur le problème de la réparation du dommage causé par un acte restreignant la libre concurrence. C'est un arrêt qui, à la fois, représente un cas typique et fait figure de précurseur de l'arrêt *Manfredi* (un autre arrêt crucial sur le sujet) et du Règlement Rome II. L'arrêt *Courage* donne les premières précisions sur les recours en dommages et intérêts, les premières règles. Dans cet arrêt on observe clairement qu'une commission d'un acte restreignant la concurrence est effectivement susceptible de causer des dommages qui ne soient pas des dommages contractuels, comme le fait générateur des dommages dans le cas échéant (et, ainsi, dans plusieurs cas similaires) était une entente et ne pas le contrat conclu entre les parties, lequel était l'instrument du dommage, mais pas sa cause.

Ainsi, dans l'arrêt *Courage* la Cour rappelle qu'elle a déjà jugé que les articles 85, paragraphe 1, du traité (devenu l'article 101 TFUE) et 86 du traité CE (devenu l'article 102 TFUE) produisent des effets directs dans les relations entre les particuliers et engendrent des droits dans le chef des justiciables que les juridictions nationales doivent sauvegarder (voir arrêts du 30 janvier 1974, *BRT et SABAM*, dit «BRT I», 127/73, Rec. p. 51, point 16, et du 18 mars 1997, *Guérin automobiles/Commission*, C-282/95 P, Rec. p. I-1503, point 39) (voir point 23).

En ce qui concerne la possibilité de demander réparation du dommage causé par un contrat ou un comportement susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, la Cour rappelle, ainsi qu'il découle d'une jurisprudence constante, il incombe aux juridictions nationales chargées d'appliquer, dans le cadre de leurs compétences, les dispositions du droit communautaire d'assurer le plein effet de ces normes et de protéger les droits qu'elles confèrent aux particuliers (voir, notamment, arrêts du 9 mars 1978, *Simmenthal*, 106/77, Rec. p. 629, point 16, et du 19 juin 1990, *Factortame e.a.*, C-213/89, Rec. p. I-2433, point 19) (voir point 25).

⁴⁹³ CJCE, 20.09.2001, *Courage Ltd c/ Bernard Crehan et Bernard Crehan c/ Courage Ltd e.a.*, C-453/99, Rec. 2001 p. I-06297. Voir aussi Conclusions de l'Avocat général M. Jean MISCHO, 22.03.2001, *Courage Ltd c/ Bernard Crehan et Bernard Crehan c/ Courage Ltd e.a.*, C-453/99, Rec. 2001 p. I-06297.

La pleine efficacité de l'article 101 TFUE et, en particulier, l'effet utile de l'interdiction énoncée à son paragraphe 1 seraient mis en cause si toute personne ne pouvait demander réparation du dommage que lui aurait causé un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence (voir point 26).

Un tel droit renforce le caractère opérationnel des règles européennes de concurrence et est de nature à décourager les accords ou pratiques, souvent dissimulés, susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Dans cette perspective, les actions en dommages-intérêts devant les juridictions nationales sont susceptibles de contribuer substantiellement au maintien d'une concurrence effective dans l'UE (voir point 27).

Toutefois, en l'absence de réglementation européenne en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire, pour autant que ces modalités ne soient pas moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (*principe de l'équivalence*) et qu'elles ne rendent pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (*principe d'effectivité*) (voir arrêt du 10 juillet 1997, *Palmisani*, C-261/95, Rec. p. I-4025, point 27) (voir point 29).

Ainsi, l'arrêt *Courage* a explicitement reconnu la possibilité et même la nécessité des actions en dommages-intérêts résultant d'un acte restreignant la libre concurrence anticipant les idées de Rome II et de Livres verts et blanc. Par conséquent, on peut conclure que, dès le début, la Cour de Justice et la Commission étaient d'accord sur la question de la réparation des dommages causés par la violation des articles 101 ou 102 TFUE.

B. L'arrêt Manfredi.

82.2. L'arrêt *Manfredi*, prononcé 5 ans après l'arrêt *Courage* (en 2006), suit les idées générales du dernier en donnant toutefois plus de spécifications et clarifications. Ainsi, selon l'arrêt *Manfredi* c'est aux États Membres de régler tous les aspects de l'action en réparation de dommages, sauf un aspect qui ne leur était pas laissé : c'est le fait de reconnaître le

dommage en tant que tel, causé par la violation des articles 101 et 102 TFUE, qui est présumé en tant que reconnaissable par tous les États Membres.

L'arrêt *Manfredi* rappelle que l'article 101, paragraphe 1, TFUE produit des effets directs dans les relations entre les particuliers et engendre des droits dans le chef des justiciables que les juridictions nationales doivent sauvegarder. Il s'ensuit que toute personne est en droit de faire valoir la nullité d'une entente ou d'une pratique interdite par l'article 101 TFUE et, lorsqu'il existe un lien de causalité entre celle-ci et le préjudice subi, de demander réparation dudit préjudice. Il suit la position exprimée dans l'arrêt *Courage*, selon laquelle, en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de fixer les modalités d'exercice de ce droit (voir points 58-59, 61-64, disposition 2)

Ainsi, l'arrêt *Manfredi* confirme encore une fois qu'en l'absence de réglementation européenne en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes pour connaître des recours en indemnité fondés sur une violation des règles européennes de concurrence et de fixer les modalités procédurales de ces recours, pour autant que les dispositions concernées ne soient pas moins favorables que celles relatives aux recours en indemnité fondés sur une violation des règles nationales de concurrence (principe de l'équivalence) et que lesdites dispositions nationales ne rendent pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice du droit de demander réparation du dommage causé par une entente ou une pratique interdite par l'101 TFUE (principe d'effectivité). (voir point 72, disposition 3)

Aussi, en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de fixer le délai de prescription pour demander réparation d'un dommage causé par une entente ou une pratique interdite par l'article 101 TFUE, pour autant que les principes de l'équivalence et d'effectivité soient respectés. (voir points 81-82, disposition 4). Egalement, en l'absence de dispositions communautaires en ce domaine, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de fixer les critères permettant de déterminer l'étendue de la réparation du préjudice causé par une entente ou une pratique interdite par l'article 101 TFUE, pour autant que les principes de l'équivalence et d'effectivité soient respectés.

Dès lors, d'une part, conformément au principe de l'équivalence, si des dommages-intérêts particuliers, tels que des dommages-intérêts exemplaires ou punitifs, peuvent être

alloués dans le cadre d'actions nationales semblables aux actions fondées sur les règles communautaires de concurrence, ils doivent également pouvoir l'être dans le cadre de ces dernières actions. Toutefois, le droit européen ne fait pas obstacle à ce que les juridictions nationales veillent à ce que la protection des droits garantis par l'ordre juridique communautaire n'entraîne pas un enrichissement sans cause des ayants droit.

D'autre part, il résulte du principe d'effectivité et du droit du particulier de demander réparation du dommage causé par un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence que les personnes ayant subi un préjudice doivent pouvoir demander réparation non seulement du dommage réel (*damnum emergens*), mais également du manque à gagner (*lucrum cessans*) ainsi que le paiement d'intérêts. (voir points 98-100, disposition 5).

Ainsi, on a vu que la décision judiciaire (européenne ou nationale) ou des autorités de concurrence reconnaissant la violation du droit européen de la concurrence peut servir en tant qu'une dispensation de la preuve devant la juridiction nationale dans le cas de la réclamation des dommages et intérêts subis à cause de telle violation. Toutefois, une autre question apparaît dans le cadre de cette discussion : est-il possible d'appliquer la même logique pour la violation du droit dérivé ? Il paraît que la réponse est positive puisque tout le droit dérivé suit la logique et les idées des articles 101 et 102 TFUE.

Après avoir analysé la jurisprudence essentielle de la Cour de Justice sur le sujet, il est utile de poursuivre avec l'analyse du Livre Blanc qui contient les réponses aux plusieurs question.

II. Livre blanc et Livre vert.

83. Ainsi, selon la position de la Commission présentée dans le Livre blanc, tout citoyen ou toute entreprise subissant des dommages du fait d'une infraction aux règles communautaires (européennes) sur les ententes et les abus de position dominante (articles 81 et 82 du traité CE – articles 101 et 102 TFUE) doit pouvoir demander réparation à celui qui a causé les dommages. Ce droit des victimes à réparation est garanti par le droit européen, comme l'a rappelé la Cour de justice en 2001 et 2006⁴⁹⁴. Ce principe s'applique également aux acheteurs indirects, c'est-à-dire aux acheteurs qui, sans traiter directement

⁴⁹⁴ Arrêt *Courage* et arrêt *Manfredi*, op.cit.

avec l'auteur de l'infraction, ont toutefois subi d'importants dommages du fait de la répercussion, le long de la chaîne de distribution, d'un surcoût illégal.

Cependant, la Commission reconnaît la nécessité des recours collectifs afin de remédier efficacement à ces problèmes dans le domaine de la concurrence et propose dans le Livre blanc quelques mécanismes pour les recours collectifs. Toutefois, dans son livre vert de 2005, la Commission parvenait à la conclusion qu'il existait divers obstacles juridiques et procéduraux inscrits dans les règles des États membres régissant les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles de concurrence engagées devant les juridictions nationales. Ainsi, le Livre blanc envisage et propose des options de politique générale et des mesures spécifiques qui devraient assurer que toutes les victimes d'infractions au droit européen de la concurrence ont accès à des mécanismes de réparation efficaces leur permettant d'être totalement indemnisées pour les dommages qu'elles ont subis. L'objectif premier du Livre blanc était d'améliorer les conditions juridiques dans lesquelles les victimes exerçaient leur droit, conféré par le traité, de demander réparation de tous les dommages subis du fait d'une infraction aux règles de concurrence européenne. Ainsi, l'indemnisation intégrale des victimes était le premier principe directeur du Livre blanc.

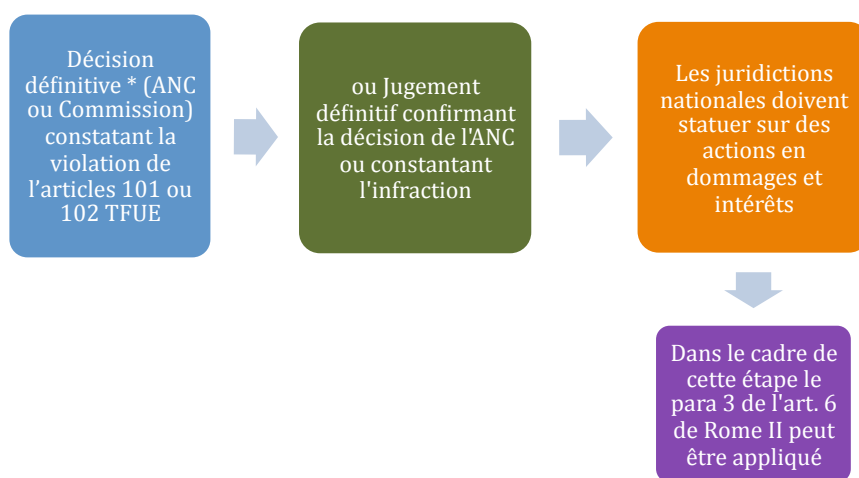
Finalement, la Commission déclare clairement que lorsqu'elle constate une infraction à l'article 101 ou 102 TFUE, les victimes de ladite infraction peuvent, en vertu d'une jurisprudence constante et de l'article 16, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003, utiliser cette décision comme une preuve irréfutable lors d'une action civile en dommages et intérêts. Des règles analogues pour les décisions des autorités nationales de concurrence (ANC) constatant une infraction à l'article 101 ou 102 TFUE existent actuellement dans certains États membres uniquement.

Selon la Commission, il n'existe aucune raison pour qu'une décision définitive prise sur le fondement de l'article 101 ou 102 TFUE par une ANC du réseau européen de la concurrence (REC), de même qu'un jugement définitif d'une instance de recours confirmant la décision de l'ANC ou constatant elle-même une infraction, ne soient pas acceptés dans tout État membre comme preuves irréfutables de l'infraction aux règles de concurrence dans le cadre d'actions civiles en dommages et intérêts engagées par la suite.

La Commission dans le Livre blanc propose la règle suivante: les juridictions nationales devant statuer sur des actions en dommages et intérêts concernant une pratique visée à l'article 81 ou 82 (sur laquelle une ANC du REC a déjà rendu une décision définitive

concluant à l'existence d'une infraction à ces articles, ou sur laquelle une instance de recours a rendu un jugement définitif confirmant la décision de l'ANC ou constatant elle-même une infraction, ne peuvent prendre des décisions qui iraient à l'encontre de cette décision ou de ce jugement).

Figure 1.



* Dans tous les États Membres, les décisions des ANC sont soumises à un contrôle juridictionnel. Les décisions des ANC sont considérées comme définitives lorsqu'elles ne peuvent plus faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, c'est-à-dire lorsqu'il n'en a pas été fait appel dans les délais applicables et qu'elles ont, de ce fait, été acceptées par leurs destinataires, ou lorsqu'elles ont été confirmées par les juridictions compétentes (Livre Blanc 2008).

A. La faute.

83.1. La Commission statue que lorsque l'infraction à l'article 81 ou 82 (l'article 101 ou 102 TFUE) est prouvée, les États membres adoptent des approches divergentes en ce qui concerne la nécessité de l'existence d'une faute pour obtenir réparation. Dans certains d'entre eux, l'existence d'une faute n'est pas une condition de la réparation des dommages

subis du fait d'une infraction aux règles de concurrence, ou la faute est présumée de manière irréfragable une fois que l'infraction a été prouvée. Selon le pont de vue de la Commission, présenté dans le Livre blanc, il n'y a pas de raison de principe de s'opposer à une telle approche.

En ce qui concerne les autres États membres, selon la Commission, il ressort de la jurisprudence de la Cour relative aux conditions de la responsabilité civile pour les infractions aux règles directement applicables du traité, telles que les articles 101 et 102 TFUE, de même que du principe d'effectivité, que toute exigence, en droit national, de la preuve de l'existence d'une faute doit être limitée. Selon la Commission, il n'y a aucune raison de décharger les auteurs d'infractions de leur responsabilité au motif qu'ils n'ont pas commis de faute, excepté dans le cas où l'auteur de l'infraction a commis une erreur excusable.

En conséquence, la Commission propose une mesure destinée à clarifier, pour les États membres qui exigent que la preuve d'une faute soit rapportée, que lorsque la victime a rapporté la preuve d'une infraction à l'article 101 ou 102 TFUE, l'auteur de cette infraction doit être tenu responsable des dommages causés, sauf s'il prouve que l'infraction résulte d'une erreur véritablement excusable; une erreur est considérée comme excusable dans le cas où une personne raisonnable appliquant un degré élevé de diligence ne pouvait pas avoir connaissance du fait que le comportement en cause restreignait la concurrence.

B. Types de dommages.

83.2. Aussi, la Commission est d'accord avec la Cour de justice concernant les types de dommages pour lesquels les victimes d'infractions aux règles de concurrence devraient pouvoir obtenir réparation⁴⁹⁵. La Cour a insisté sur le fait que les victimes doivent, au minimum, obtenir réparation intégrale du dommage subi à sa valeur réelle. Ce droit à la réparation intégrale du dommage s'étend donc non seulement au dommage réel imputable à une augmentation anticoncurrentielle des prix, mais aussi au manque à gagner résultant de toute diminution des ventes, et donne droit à la perception d'intérêts.

En conséquence, pour faciliter le calcul des dommages et intérêts, la Commission a l'intention: d'établir un cadre contenant des orientations pragmatiques et non

⁴⁹⁵ Arrêt *Manfredi*, points 95 et 97.

contraignantes pour l'évaluation des dommages et intérêts dans les affaires d'ententes et d'abus de position dominante, par exemple au moyen de méthodes d'approximation ou de règles simplifiées pour l'estimation des dommages subis.

C. Le programme de clémence et les actions en dommages-intérêts.

83.3. Le dernier problème examiné dans le cadre du Livre blanc est ceci de programmes de clémence et réparation des dommages et intérêts. Selon la Commission, il est important, pour l'application du droit de la concurrence tant dans la sphère publique que dans la sphère privée, de garantir l'attractivité des programmes de clémence.

Selon le Livre blanc, il convient d'assurer une protection adéquate aux déclarations effectuées par une entreprise dans le cadre d'une demande de clémence contre la divulgation de ces déclarations dans des actions privées en dommages et intérêts, afin d'éviter de placer l'entreprise à l'origine de cette demande dans une situation moins favorable que celle des co-auteurs de l'infraction.

Ainsi, la Commission propose que la protection s'applique à toutes les déclarations d'entreprises soumises par tout demandeur de clémence en rapport avec une infraction à l'article 101 TFUE (y compris lorsque le droit national de la concurrence est appliqué en parallèle); que la demande de clémence soit acceptée, rejetée ou ne donne lieu à aucune décision de la part de l'autorité de concurrence. Cette protection s'applique lorsque la divulgation est ordonnée par un tribunal tant avant qu'après l'adoption d'une décision par l'autorité de concurrence. La divulgation volontaire des déclarations des entreprises par les auteurs de demandes d'immunité ou de réduction d'amendes devrait être interdite au moins jusqu'à ce qu'une communication des griefs soit adressée dans l'affaire.

Une autre mesure, proposée par la Commission, afin de garantir que les programmes de clémence restent pleinement attractifs consisterait à limiter la responsabilité civile des auteurs d'infraction auxquels a été accordé le bénéfice d'une immunité d'amendes. La Commission propose par conséquent d'examiner plus avant la possibilité de limiter la responsabilité civile des bénéficiaires d'une immunité d'amendes aux demandes d'indemnisation de leurs partenaires contractuels directs et indirects. Cette mesure contribuerait à limiter et à rendre plus prévisible le montant des dommages et intérêts auxquels les bénéficiaires d'une immunité d'amendes pourraient être condamnés, sans pour

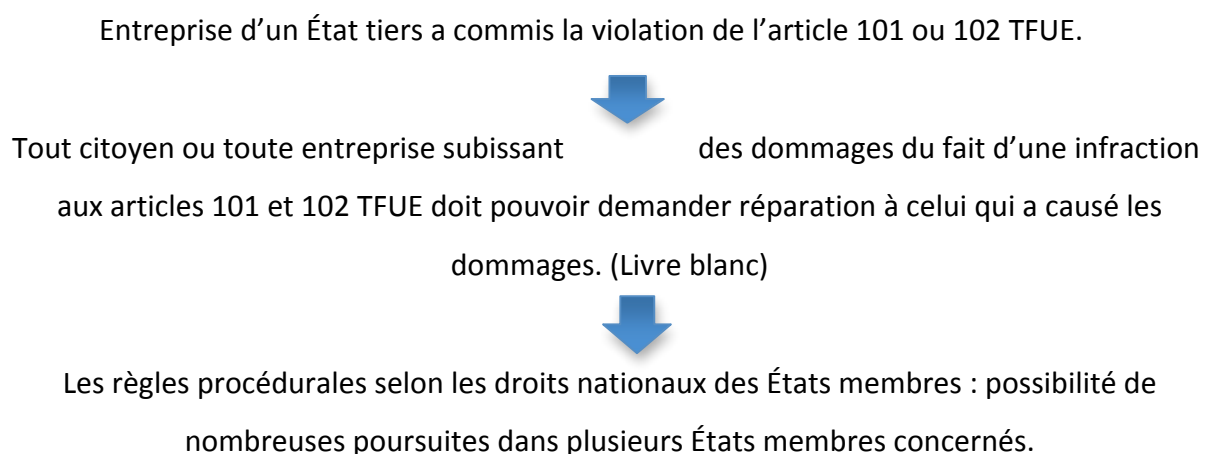
autant les soustraire inconsidérément à leur responsabilité civile encourue du fait de leur participation à une infraction. Il appartiendrait aux bénéficiaires de l'immunité d'amendes d'établir la mesure dans laquelle il y aurait lieu de limiter leur responsabilité. Il conviendra cependant d'examiner plus particulièrement la nécessité d'une telle mesure ainsi que ses effets sur la pleine indemnisation des victimes d'ententes et sur la position des co-auteurs de l'infraction, notamment celle des autres entreprises ayant demandé à bénéficier de mesures de clémence.

§ 2. Droit international privé européen et droit européen de la concurrence appliqués aux entreprises des États tiers.

I. La possibilité de poursuivre l'entreprise d'un État tiers dans le cadre de l'action en dommages-intérêts dans plusieurs juridictions.

84. Cependant, on a pu constater qu'il est possible de poursuivre une entreprise dans le cadre du procès privé en vue de réparer les dommages qu'elle a causé par la violation du droit européen de la concurrence. Tel recours sera présenté devant le juge national d'un État membre ou, probablement, devant plusieurs juges nationaux de plusieurs États membres. Ainsi, il est possible d'imaginer nombreux poursuites dans les nombreux pays et les dommages et intérêts à payer ensemble avec les amendes payés suite au procès devant les autorités de concurrence.

Figure 2.



Ainsi, la question de non-applicabilité du principe du droit public « *non bis in idem* » réapparaisse (voir paragraphe 66 et s.). En dépit du fait que les multiples poursuites pour la même infraction peuvent paraître injustes le principe « *non bis in idem* » reste applicable dans les domaines du droit public (surtout en droit pénal) et non dans les domaines du droit privé.

Evidemment, la plupart des entreprises des États tiers touchant au marché interne sont les grandes sociétés multinationales, par conséquent, dès qu'elles commirent une violation du droit européen de la concurrence leurs concurrents et consommateurs dans plusieurs États membres vont être concernés et pourront, ainsi, introduire des nombreuses actions en dommages-intérêts. Est-ce que plusieurs poursuites représentent un problème – c'est une question de l'équilibre : les entreprises ayant violé le droit européen de la concurrence et causé des dommages doivent, certainement, les réparer, mais en même temps l'entreprise ne doit pas être tout simplement détruite par nombreuses actions en dommages-intérêts.

Dans le cadre de cette discussion qui existe presque aussi longtemps que le droit de la concurrence lui-même est apparu l'idée de la possibilité de répercussion des surcouts (ou connu plutôt en version anglaise « *passing-on defence* » ou « *passing-on overcharges* »). En fait, la « *passing-on defence* » permet au défendeur d'argumenter que les pertes du requérant ont été réduites partiellement ou à néant par le fait que le requérant a mis ses surcouts, tous ou juste la partie, résultant des actions du défendeur sur les consommateurs (les acheteurs indirects).⁴⁹⁶ En dépit du fait, que l'idée de « *passing-on defence* » est apparue aux États-Unis, suite à la décision de la Cour Suprême de 1968 *Hanover Shoe*⁴⁹⁷ les défendeurs sont empêchés d'invoquer telle moyen de défense. Suite à cette décision les acheteurs directs américains ont le droit de récupérer les dommages calculés sur la base de la somme totale des surcouts payés et non seulement leurs pertes réelles. La Cour Suprême a supposé que les acheteurs directs seront plus efficace en tant que requérants par rapport aux acheteurs indirects, qui peuvent avoir moins de motivation d'introduire un procès, en

⁴⁹⁶ Greg OLSEN, *Compensation and deterrence? The passing on defence and the future direction of UK private proceedings*, Competition Law Insight, 10 May 2005, Competition Law Insight, p.3.

⁴⁹⁷ *Hanover Shoe & Co v United Shoe Machinery Corporation*, 392 US 481 (1968).

prenant en compte leurs grande quantité et, par conséquent, plus petites pertes résultant de surcoûts totaux.⁴⁹⁸

La Commission dans le Livre blanc aborde le sujet de la répercussion des surcoûts et propose, premièrement, que les défendeurs soient en droit d'invoquer la répercussion des surcoûts comme moyen de défense contre une demande d'indemnisation desdits surcoûts. Le niveau de preuve requis pour ce moyen de défense ne devrait pas être inférieur à celui imposé au requérant pour prouver les dommages subis. Deuxièmement, la Commission suggère que les acheteurs indirects puissent se fonder sur la présomption réfragable que le surcoût illégal a été répercuté sur eux dans sa totalité. (Voir point 2.6 du Livre blanc).

Selon le Livre blanc, dans les cas d'actions conjointes, parallèles ou consécutives intentées par des acheteurs à différents niveaux de la chaîne de distribution, les juridictions nationales sont encouragées à faire plein usage de tous les mécanismes qui sont à leur disposition en vertu du droit national, du droit européen et du droit international, afin d'éviter une sous-indemnisation ainsi qu'une sur-indemnisation des dommages causés par les infractions au droit de la concurrence (voir point 2.6 du Livre blanc).

Pourtant, certains auteurs supposent qu'il sera mieux de surcompenser les acheteurs directs (ainsi, assurant aussi l'effet dissuasif) que d'avoir la situation où l'existence de « *passing-on defence* » - accoupler avec l'absence de volonté ou incapacité des acheteurs indirects de chercher l'indemnisation – pourrait amener à la non-responsabilité de l'entreprise ayant violé l'article 101 ou 102 TFUE résultant en diminution de l'effet dissuasif.⁴⁹⁹

Cependant, on peut poser la question que ce qu'est plus important pour le bon fonctionnement du marché : l'effet dissuasif extrêmement fort (et, ainsi, surcompensation des acheteurs directs et, par la suite, sous-indemnisation des acheteurs indirects) ou la « justice économique » (le système tâchant d'indemniser efficacement chacun qui a subi les pertes) ? Toutefois, il faut toujours prendre en considération que même si le deuxième cas paraît plus juste il risque de catalyser la multitude des actions en dommages-intérêts contre la même entreprise pour la même violation. Ainsi, ça reste toujours la question d'équilibre.

II. Quelques problèmes en dehors de la jurisprudence existante et le Livre blanc.

⁴⁹⁸ Greg OLSEN, *Compensation and deterrence?...* op.cit., p.3.

⁴⁹⁹ Alexandre RINNE, Gordon CHRISTIAN, *Damages action (2)*, Competition Law Insight, 1 July 2008, p.3.

85. Toutefois, le droit national des États Membres pose un autre problème en cas d'application du paragraphe 3 de l'article 6 de Rome II. En pratique, la législation interne de certains droits nationaux d'États membres soulève la question du domaine d'application exacte du ledit paragraphe. Si l'on prend l'exemple du droit français de la concurrence, la doctrine semble devoir classer la pratique des prix abusivement bas dans la catégorie des actes restreignant la concurrence, mais ranger la réglementation des pratiques tarifaires et l'interdiction des pratiques discriminatoires et abusives parmi la concurrence déloyale au sens du Règlement⁵⁰⁰ (ce qui n'est pas illogique au vu de la définition large donnée à la concurrence déloyale dans le contexte européen – voir *infra*).⁵⁰¹

Aussi il faut prendre en considération le Règlement (CE) N° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale⁵⁰², qui n'est pas un obstacle en tant que tel, ajoute la complexité de l'introduction d'une action en dommage et intérêts suite à un acte restreignant la libre concurrence.

Finalement, après avoir analysé le droit européen de la concurrence *stricto sensu* et ses rapports avec le droit international privé touchant aux entreprises des États tiers, on passe à l'examen de la concurrence déloyale, comme l'article 6 du Rome II accumulant les questions essentielles de ce chapitre, traite aussi ce problème et on suit sa logique.

Section 2. Règlement Rome II et la concurrence déloyale.

La section contient quatre paragraphes le premier est consacré à la notion de la concurrence déloyale, tandis que dans le cadre du deuxième l'évolution de cette notion est présentée, ensuite, au sein du paragraphe trois on examine la réglementation de la concurrence déloyale par le droit international privé et, finalement, le quatrième paragraphe traite la question sur les relations entre le droit européen de la concurrence et la régulation de la concurrence déloyale.

⁵⁰⁰ Valérie PIRONON « Concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence », dans *Le Règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, sous la direction de Sabine CORNELOUP et Natalie JOUBERT, LexisNexis Litec, 2008, p. 118.

⁵⁰¹ Valérie PIRONON « Concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence », dans *Le Règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, op.cit., p. 117-118.

⁵⁰² JO N° L 012 du 16/01/2001 p. 0001-0023.

§ 1. Notion de la concurrence déloyale.

86. À la lecture de l'article 6, la notion de concurrence déloyale apparaît assez large. La Commission européenne s'en explique dans sa présentation de cette disposition lorsqu'elle se réfère à une conception moderne « tridimensionnelle » de la concurrence déloyale.⁵⁰³ L'action qui la sanctionne n'a pas pour seul but de protéger les intérêts individuels de la victime directe de la déloyauté (comme c'est prévu en général dans le cadre du droit privé), mais prend en compte aussi l'intérêt des consommateurs et du public en général.⁵⁰⁴

Sont ainsi visées principalement les pratiques trompeuses et agressives envers les consommateurs, autrement dit les pratiques commerciales déloyales dont le régime a été harmonisé (Directive relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur (ci-après la Directive sur les pratiques commerciales déloyales – Pourtant, cette directive ne vise pas de régler spécialement la concurrence déloyale))⁵⁰⁵. En dépit du fait que les pratiques commerciales déloyales ont été exclues de l'intitulé de l'article 6, selon la doctrine, ce dernier les englobe nécessairement. Cela ressort, comme on a mentionné auparavant, de la référence faite dans l'article 6 aux intérêts collectifs des consommateurs comme de la mention, dans la présentation du texte, des actions intentées par des associations des consommateurs.⁵⁰⁶

Cependant, certains comportements déloyaux sortent du domaine de l'article 6. Sont expressément exclus les comportements visés par le paragraphe 2 de l'article 6 (les actes de concurrence déloyale qui affectent exclusivement les intérêts d'un concurrent déterminé auxquels est applicable l'article 4 de ledit Règlement, c'est-à-dire le règle générale). Les autres exclusions sont implicites. Evidemment les comportements se rattachant à un contrat

⁵⁰³ Proposition de Règlement présentée par la Commission le 22.07.2003, COM (2003) 427 final; Cet expression, empruntée à la doctrine, figurait dès avant dans l'étude de droit comparé de Bernard DUTOIT « *Concurrence déloyale et droit comparé* », dans *La concurrence déloyale. Permanence et devenir*, sous la direction de Y. Sera, coll. Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2001, p.57. cité par Valérie PIRONON « *Concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence* », dans *Le Règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, op.cit., p. 116.

⁵⁰⁴ Valérie PIRONON « *Concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence* », op.cit., p.116.

⁵⁰⁵ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil.

⁵⁰⁶ Valérie PIRONON « *Concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence* », op.cit., p.116.

seront soumis à la loi régissant ce contrat (*lex contractus*). Néanmoins, les pratiques contractuelles des professionnels envers les consommateurs relèvent bien de l'article 6 lorsqu'elles sont poursuivies devant les tribunaux par des associations de consommateurs, comme l'indique la Commission dans sa proposition du Règlement.⁵⁰⁷ Selon la doctrine, la même analyse s'impose pour les pratiques déloyales postérieures à la rupture d'un contrat (sauf le cas où le contrat contient une obligation post-contractuelle de loyauté). Les atteintes à un droit de propriété intellectuelle sont réglées par spécifiquement par l'article 8 du Règlement.⁵⁰⁸

Aussi il faut attirer l'attention au fait que la concurrence déloyale appartient traditionnellement à la sphère du droit privé, tandis que dans cette recherche on analyse plutôt le droit public. Néanmoins, il ne faut pas oublier qu'on s'intéresse à toute échelle des normes du droit européen de la concurrence qui peuvent être appliquée aux entreprises des États tiers et à tous conflits possibles entre les lois appliqués simultanément à une entreprise étant en conflit avec le droit européen de la concurrence. Ainsi, même si le problème de la concurrence déloyale, qui représente un des débats centraux issus du droit de la concurrence au sein du droit international privé, touche le sujet de cette recherche seulement indirectement, il est important pour les entreprises des États tiers de savoir qu'ils peuvent être poursuivis pour les violations du droit de la concurrence sur le marché interne ou sur le marché d'un des États membres non seulement par les autorités, telles que la Commission et les autorités nationales de la concurrence, mais aussi par leurs concurrents eux-mêmes en utilisant le concept de la concurrence déloyale et les normes du droit international privé européen (paragraphe 1 et 2 de l'article 6 du Règlement *Rome II*).

§ 2. L'évolution de la notion de la concurrence déloyale.

87. L'appréhension des comportements déloyaux par le droit a été progressive depuis la reconnaissance dans la Convention d'Union de Paris sur la protection de la propriété industrielle⁵⁰⁹ (ci-après la Convention d'Union de Paris) de la concurrence déloyale en tant qu'une institution juridique à part entière qui a été définie dans l'article 10 bis de

⁵⁰⁷ Proposition de Règlement présentée par la Commission le 22.07.2003, COM (2003) 427 final.

⁵⁰⁸ Valérie PIRONON « *Concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence* », *op.cit.*, p.117.

⁵⁰⁹ Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883, révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Lisbonne le 31 octobre 1958 et à Stockholm le 14 juillet 1967 et modifiée le 28 septembre 1979.

ladite Convention comme « toute acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle et commerciale ». Toutefois, si l'insertion de l'expression « concurrence déloyale » dans l'article 10 bis de la Convention d'Union de Paris lui confère en théorie le statut de notion internationale commune, la terminologie variée utilisée dans les différents États pour décrire le phénomène de la concurrence déloyale rend la systématisation de la notion difficile : concurrence déloyale en France et dans nombreux États européens ; pratiques commerciales déloyales aux États-Unis, au Canada et en Hongrie ; pratiques de commerce en Belgique, etc. Aussi la dénomination des standards de comportement varie beaucoup d'un pays à l'autre : loyauté du commerce, principe de bonne foi, principe de correction professionnelle, bonne mœurs, etc. Ainsi, il est difficile d'aborder la concurrence déloyale dans les relations privées internationales par la recherche d'une notion unitaire commune à tous les États.⁵¹⁰

En revenant à l'essence de cette discussion il faut dire que les enjeux d'une analyse de la concurrence déloyale en droit international privé européen sont doubles. Les deux oppositions traditionnellement admises en droit international privé entre, d'une part, la compétence judiciaire et la compétence législative, et, d'autre part, entre la justice conflictuelle et la justice matérielle, peuvent être remises en cause dans ce domaine. Ainsi, la résolution des conflits des lois devrait être envisagée conjointement avec celle des conflits de juridiction en vue de déterminer de quelle manière les règles de droit international privé s'articulent en matière de concurrence déloyale.⁵¹¹

Dès lors que la matière est influencée par les considérations économiques et de régulation du marché, la détermination de la loi applicable ne peut ensuite être entièrement dissociée des règles de droit matériel sur les comportements déloyaux. Ces derniers poursuivent leurs propres finalités et préservent des intérêts déterminés. Elles ne protègent plus seulement les opérateurs contre les actes de concurrence déloyale commis dans les relations professionnelles, mais tendent aussi à garantir le respect des intérêts des consommateurs face aux pratiques commerciales déloyales commises à leur encontre par un professionnel. Cette approche conduit à envisager les règles de droit international privé applicables en matière de concurrence déloyale au regard des intérêts dont elles devraient garantir le respect ou des objectifs qui leurs sont assignées dans le Règlement Rome II.⁵¹²

⁵¹⁰ Elizabeth COUREAULT, *La concurrence déloyale en droit international privé communautaire*, op.cit., pp. 7-9.

⁵¹¹ Ibidem.

⁵¹² Ibidem.

§ 3. La concurrence déloyale et le droit international privé.

88. Le droit de la concurrence tel quel il était présenté et analysé dans cette thèse jusqu'à ce point et le droit de la concurrence déloyale appartiennent à un ensemble plus vaste qu'est le droit économique.⁵¹³ L'opportunité de l'analyse de la concurrence déloyale dans les relations privées internationales est renouvelée depuis l'adoption du Règlement Rome II. Grâce à ce Règlement, un cap a été franchi au sein de l'UE dans le processus de spécialisation des règles de conflit de lois en matière d'obligations non contractuelles. Il contient dans le Chapitre II une règle de conflit de lois générale en matière d'obligations non contractuelles ainsi que des règles de conflit de lois spéciales pour certains types de délits. Toutefois, une règle spécifique a été adoptée en matière de concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence (l'article 6 – voir Annexe à la thèse).⁵¹⁴

Le paragraphe 1 de l'Article 6 est consacré à la concurrence déloyale qui affecte la concurrence et les consommateurs (et non seulement les autres concurrents comme c'est prévu dans le paragraphe 2), ce que permet de supposer qu'il est possible d'introduire une action dans le cadre du droit privé en se basant sur la décision de la Commission ou de la Cour concernant la violation du droit européen de la concurrence (autrement dit le droit public).

Ce qu'est aussi intéressant c'est le fait que les règles du conflit sur la concurrence déloyale et les règles du conflit sur les actes restreignant la libre concurrence se trouvent au sein de même article, comme si c'était les normes appartenant à un même ensemble des règles.

§ 4. La concurrence déloyale et le droit européen de la concurrence.

89. En effet le dénominateur commun entre le droit de la concurrence *stricto sensu* et le droit de la concurrence déloyale réside dans le principe d'égalité dans les moyens de la concurrence. Les règles assurant une protection effective contre la concurrence déloyale

⁵¹³ Elisabeth COUREAULT, *La concurrence déloyale en droit international privé communautaire*, Thèse en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit privé, Université Nancy 2, présentée 17 décembre 2009, p. 27.

⁵¹⁴ Ibidem, pp. 7-9.

participent, comme les règles régissant les actes restreignant la concurrence, au bon fonctionnement du marché. Ainsi, dans les deux cas, l'intervention de la règle de droit a pour objectif d'éviter les ruptures d'équilibre ou les distorsions de la concurrence sur un marché. Autrement dit, le droit de la concurrence déloyale vient compléter le droit de la concurrence pour assurer le respect du principe de la liberté de la concurrence en limitant les abus. Certains États intègrent ainsi les règles relatives à la concurrence déloyale dans les lois sur la concurrence (comme par exemple, l'Estonie, la Hongrie, la Lettonie, la Lituanie) ; et comme pour la protection de la propriété intellectuelle, l'action en concurrence déloyale peut être exercée, de manière subsidiaire, en vue de combler les lacunes du droit de la concurrence, ou dans le domaine des réseaux de distribution. Elle peut donc être intentée pour sanctionner un comportement anticoncurrentiel (entente, abus de position dominante), mais seulement à défaut de l'applicabilité des dispositions plus spécifiques.⁵¹⁵

Si les objectifs finales du droit de la concurrence déloyale et du droit de la concurrence *stricto sensu* convergent, il est toutefois admis que les deux corps de règles de distinguent clairement par leur objet. Le premier assure la préservation de l'intérêt général et la garantie du bon fonctionnement du marché, c'est ainsi le droit public. A l'inverse, les règles régissant les actes de concurrence déloyale s'appliquent à des rapports de droit privé, même si elles ont parfois vocation à appréhender les « comportements délictuels du marché ». La notion de la concurrence déloyale comprend ainsi la désorganisation d'un concurrent opérée par la divulgation de ses secrets d'affaires, du débauchage de son personnel, de la dégradation de ses moyens publicitaires ou du détournement de ses commandes.⁵¹⁶

La distinction entre le droit de la concurrence et le droit de la concurrence déloyale est renforcée dans de plusieurs États par la suppression progressive de l'exigence de l'existence d'un rapport de concurrence comme condition de la recevabilité de l'action en concurrence déloyale. Certains auteurs militaient en faveur de l'inclusion des normes sur la concurrence déloyale dans l'ordre public de direction⁵¹⁷ en se fondant sur la qualification

⁵¹⁵ Ibidem, p. 28.

⁵¹⁶ Ibidem, pp. 28-29.

⁵¹⁷ L'ordre public de direction s'était largement développé avec le dirigisme. Il a pour objet de protéger les intérêts généraux de la collectivité. Il en est ainsi par exemple de règles du droit public économique.
http://lexinter.net/JF/ordre_public.htm

pénales des comportements qu'elles régissent.⁵¹⁸ Cependant, cette opinion ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine. Selon nombreux auteurs, seuls certaines dispositions visant à protéger à la fois les intérêts des professionnels et ceux du marché pourraient être considérées comme relevant de l'ordre public.⁵¹⁹

Toutefois, il faut souligner que la théorie de la concurrence déloyale est extrêmement utile, comme elle fournit un fondement juridique pour la sanction de nombreux comportements qui portent atteinte à la loyauté de la concurrence, et qui ne pourraient pas être sanctionnés sur d'autres fondements. En vue d'assurer la réparation de dommage causé par un acte de concurrence déloyale, le concurrent (le professionnel) concerné peut intenter une action en concurrence déloyale fondée sur les règles relatives à la responsabilité civile délictuelle. Par conséquent, la finalité du droit des actes de concurrence déloyale réside dans la préservation des intérêts privés des professionnels, et les normes qui les régissent, selon plusieurs auteurs, ne relèvent pas de l'ordre public.⁵²⁰

Néanmoins, comme on a mentionné auparavant, ces deux domaines du droit appartiennent à l'ensemble plus large du droit économique, et il est aussi possible d'utiliser la notion de la concurrence déloyale pour sanctionner un comportement anticoncurrentiel (comme une entente ou un abus de position dominante) à défaut de l'applicabilité des dispositions plus spécifiques.

Ainsi, pour une entreprise d'un État tiers il est important de savoir que non seulement droit de la concurrence *stricto sensu* (droit public) protège le marché européen, ses acteurs et aussi les consommateurs, mais aussi - le droit de la concurrence déloyale (droit privé) aux niveaux des États membres, européen et international.

Conclusion. Les rapports entre le droit international privé et droit européen de la concurrence aboutissant aux changements économiques.

⁵¹⁸ Claude GIVERDON, *Les délits et quasi-délits commis par le commerçant dans l'exercice de son commerce*, R.T.D. Com. 1953, pp. 855-867, cité par Elizabeth COUREAULT, *La concurrence déloyale en droit international privé communautaire*, op.cit., p. 29.

⁵¹⁹ Elizabeth COUREAULT, *La concurrence déloyale en droit international privé communautaire*, op.cit., p. 29.

⁵²⁰ Ibidem, p. 30.

90. Certains auteurs⁵²¹ supposent que la complexité du droit international privé, l'absence d'un vrai droit international privé matériel, et, par conséquence, l'incertitude légale poussent les grands entreprises de découvrir les nouveaux marchés par la voie de création des filiales dans les autres pays, aussi par les acquisitions et les fusions, et non pas par la simple conclusion des contrats avec ses partenaires et/ou concurrents.

Suite aux problèmes du droit international privé (nommés auparavant), les coûts de transaction dans le cas de création d'une entreprise transnationale sont moins élevés que les coûts de transaction suite à la conclusion des contrats selon les normes du droit international privé, aussi, il y a plus de certitude dans le cas de conflit.⁵²²

Ainsi, récemment est apparue l'idée que les plusieurs sociétés multinationales ont été créées suite à l'absence de certitude dans le droit international privé, et que s'il existait le droit international privé plutôt matériel que procédural il y aurait plus de sociétés de tailles petite et moyenne comme ce ne serait plus indispensable de créer une seule énorme entreprise en vue de produire et après, évidemment, vendre ses produits/services sur le marché local ou mondial. Pourtant, aujourd'hui on a plusieurs entreprises multinationales qui peuvent être considérées comme ayant la position dominante et la tentation du profiter de telle position devient parfois trop forte, ce qu'invoque, évidemment, l'application des sanctions prévues par le droit de la concurrence, des nombreux actions en justice (y compris dommages-intérêts), etc.

Dans cette thèse on promeut l'idée d'un droit international de la concurrence (voir particulièrement le Titre III de la première partie de la thèse), mais, probablement, il nous manque aussi un droit international privé universel. Il paraît que l'économie globale demande les lois globales, et que telle « globalisation » ne va pas nécessairement aboutir à la création des grandes entreprises multinationales, mais permettra aux entreprises nationales de tailles petites et moyenne rester sur le marché en étant compétitives. Toutefois, une telle hypothèse reste à vérifier par des futures recherches.

⁵²¹ Galf-Peter CALLIES, Jens MERTENS, *Private Law and Competition Policy in the Global Economy*, Working Paper Series, University of Bremen, 2 June 2009, <http://ssrn.com/abstract=1413257>, 24.10.2011.

⁵²² Ibidem.

Chapitre 4. Les relations entre les normes du droit de l'OMC sur la concurrence et le droit européen de la concurrence.

*“The interaction between trade and competition policy
is over a century old”.*

Ph. Marsden,

*A Competition Policy for the WTO,
Cameron May International, 2003, p.45.*

91. Le but principal de ce chapitre est d’analyser de manière approfondie les relations entre le droit européen de la concurrence et le droit de l’Organisation mondiale du commerce (ci-après l’OMC) qui contient, parmi les autres normes visant à régler le commerce international, les normes du droit de la concurrence ou les normes qui peuvent influencer le droit de la concurrence d’États membres de l’OMC.

Il faut préciser tout d’abord qu’il n’existe pas un accord spécial dans le cadre de l’OMC sur les aspects du droit de la concurrence. On peut dire que les normes du droit de la concurrence « font une apparition timide et fragmentaire dans plusieurs accords GATT⁵²³/OMC ». ⁵²⁴ Lesdits accords contiennent des articles qui peuvent intervenir d’une manière ou d’une autre dans la régulation de la concurrence sur le marché européen.

L’analyse de l’interaction entre les normes du « droit de la concurrence de l’OMC »⁵²⁵ et les normes du droit européen de la concurrence au niveau international, et la signification d’une telle interaction pour les entreprises d’États tiers présentées sur le marché européen sont les sujets essentiels de ce chapitre.

Une des causes substantielles de l’existence des liens étroits entre le droit de l’OMC et le droit européen de la concurrence est que « l’objectif de libéralisation mondiale des échanges, poursuivi à la fois par GATT et par l’OMC, est aussi celui de l’Union européenne.

⁵²³ General Agreement on Trade and Tariffs, ci-après – GATT.

⁵²⁴ Benoît MERKT, *Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence. Droit du GATT/OMC, droit européen, accords bilatéraux et perspectives pour le droit suisse*, Peter Lang – Berne, 2000, p.70.

⁵²⁵ Le droit de la concurrence dans le cadre de l’OMC n’existe pas en tant que tel mais plusieurs accords GATT/OMC contiennent les règles qui touchent à la régulation de la concurrence sur les marchés d’États membres de l’OMC, ainsi, dans ce chapitre le terme « le droit de la concurrence de l’OMC » sera utilisé comme le terme qui inclut tout l’éventail des normes du droit de l’OMC ayant l’incidence sur la réglementation de la concurrence.

Cette profession de foi est cohérente avec l'exigence fondamentale du libéralisme, et avec la volonté des États membres de jouer un rôle dans l'économie mondiale à travers leur Communauté ». ⁵²⁶ Ayant les mêmes buts principaux mais des mécanismes de la régulation et des marchés différents, ces deux « systèmes du droit » ⁵²⁷ contiennent les règles de la concurrence qui peuvent être appliquées simultanément à une entreprise d'État tiers faisant le commerce sur le marché européen.

Suite à cette affirmation, de nombreuses questions peuvent être posées : est-ce que le conflit de lois est possible dans ce cas-là ? Est-ce une question seulement théorique ou y a-t-il en pratique des cas d'application simultanée des normes du droit de l'OMC et de droit européen de la concurrence ? Quelles sont les relations entre le droit de l'OMC et le droit européen de la concurrence ? Toutes ces questions et quelques autres seront analysées attentivement. Ainsi, dans le cadre du présent chapitre la place des normes du droit de l'OMC dans l'ordre juridique européen sera examinée (l'approche général et l'approche spécial : Section 1 et Section 2) ainsi que les décisions prises au sein de l'OMC (Section 3), dans le but de comprendre quelle est la place des normes du droit de l'OMC aujourd'hui. Conséquemment, l'étude commence par la présentation de l'approche générale et l'approche spéciale vers la place des normes du droit de l'OMC dans l'ordre juridique européen.

Section 1. L'approche générale.

92. Toutefois, dans la présente section on analysera, tout d'abord, l'invocabilité des normes du droit de l'OMC en droit européen (paragraphe 1), ensuite, l'effet direct des normes du droit de l'OMC (paragraphe 2). La section est nommée « *L'approche générale* » parce qu'on examine la place de toutes les normes du droit de l'OMC dans l'ordre juridique européen, tandis que dans la section suivante on analysera séparément les normes du droit de l'OMC concernant la concurrence dans l'ordre juridique européen, par conséquence, le nom de la section 2 est « *L'approche spéciale* ».

⁵²⁶ Richard BLASSELLE, *Traité de droit européen de la concurrence*, Tome II A, Publisud, Paris, 2004, p.21. 557 p.

⁵²⁷ L'expression « systèmes de droit » dans ce contexte souligne que le droit de l'OMC est le droit international pur et le droit européen de la concurrence fait partie du droit européen, qu'on ne peut pas considérer comme le droit international avec toute les conséquences qui suivent une telle affirmation.

§ 1. L'invocabilité en droit européen des normes du droit de l'OMC.

La première question qui se pose au sein de l'analyse de la place des normes du droit de l'OMC dans l'ordre juridique européen est de savoir si les requérants peuvent les invoquer devant la Cour ou le Tribunal ou les juridictions nationales des États membres.

I. L'approche générale de la Cour.

92.1. Dans le but de répondre à cette question il semble nécessaire de faire brièvement une revue de la jurisprudence relative de la Cour de Justice et du Tribunal qui représente la source essentielle de la réponse cherchée.

92.1.1. En 1972 la Cour, dans l'arrêt *International Fruit*⁵²⁸, a procédé pour la première fois à une analyse profonde de la place des normes du droit de l'OMC (GATT) dans l'ordre juridique communautaire (européen). Dans sa décision elle a remarqué que l'accord GATT « fondé, aux termes de son préambule, sur le principe de négociations sur « une base de réciprocité et d'avantages mutuels », est caractérisé par la grande souplesse de ses dispositions, notamment de celles qui concernent les possibilités de dérogations, les mesures pouvant être prise en présence de difficultés exceptionnelles et le règlement des différends entre les parties contractantes » (point 21). La Cour a jugé notamment que « ces éléments suffisent à montrer que, placé dans un tel contexte, l'article XI de l'Accord général n'est pas de nature à engendrer, pour les justiciables de la Communauté, le droit de s'en prévaloir en justice » (point 27).⁵²⁹ Ainsi, le point de vue de la Cour à partir de l'arrêt *International Fruit* est que le GATT et les accords GATT ne peuvent pas être invoqués par des personnes privées devant les cours nationales des États membres de la CE (UE) en vue de contester les mesures communautaires (européennes) ou nationales.⁵³⁰

⁵²⁸ CJCE, 12.12.1972, *International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor Groenten en Fruit*, aff. jointes 21 à 24-72, Rec. 1972 p. 01219.

⁵²⁹ *Droit des relations extérieures de l'Union européenne*, sous la direction d'Alain FENET, édition LexisNexis Litec, Paris, 2006. p.147.

Pour une description plus détaillée sur cette question voir Joël RIDEAU, *Les accords internationaux dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Revue Générale de Droit International Public, 1990, pp.289-418, Philippe MANIN, *A propos de l'accord sur les marchés publics, la question de l'invocabilité des accords internationaux conclus par la Communauté européenne*, RTDE 1997, p.399.

⁵³⁰ Joseph Halevi Horowitz WEILER, *The EU, the WTO and the NAFTA. Towards a Common Law of International Trade?*, Oxford University Press, NY, 2000, p.104.

92.1.2. Suite, dans l'arrêt **Fediol** (1989)⁵³¹, visant à vérifier si une pratique commerciale illicite constitue un comportement dénoncé dans une plainte en vertu de l'article 3 du Règlement n° 2641/84 visant à permettre à la CEE de répondre à des pratique commerciales illicites des pays tiers, la Cour en résumant sa jurisprudence sur la question en cause (arrêt du 12 décembre 1972, *International Fruit*, 21 à 24/72, Rec. p. 1219; arrêt du 24 octobre 1973, *Schlueter*, 9/73, Rec. p. 1135; arrêt du 16 mars 1983, *SIOT*, 266/81, Rec. p. 731; arrêt du 16 mars 1983, *SPI et SAMI*, 267 à 269/81, Rec. p. 801) a conclu qu' « *on ne saurait cependant déduire de cette jurisprudence que les justiciables ne peuvent pas invoquer devant la Cour les dispositions de l'Accord général...* » (point 19). Selon l'arrêt précité, la Cour doit « *interpréter et appliquer les règles de l'Accord général [GATT] au regard d'un cas donné afin d'examiner si certaines pratiques commerciales sont à considérer comme incompatibles avec ces règles. Les dispositions de l'Accord général [GATT] ont un contenu propre qu'il convient de préciser chaque fois, par voie d'interprétation, en vue de leur application* » (point 20).⁵³²

92.1.3. Commentant l'arrêt suivant qui traite la question de l'invocabilité des normes du droit de GATT (OMC), à savoir **Nakajima** (1991)⁵³³, quelques auteurs supposent que dans cet arrêt « *la Cour a admis qu'un requérant pouvait mettre en cause la validité d'un règlement communautaire en invoquant les règles du GATT* »⁵³⁴. D'autres commentateurs⁵³⁵ restent néanmoins plus sceptiques sur la possibilité d'invoquer les normes GATT (OMC) en cas du probable incohérence entre ces normes et les normes du droit européen, en rappelant la même jurisprudence *Fediol-Nakajima*, confirmée par les arrêts *Allemagne c/ Conseil* (1994)⁵³⁶ et *Portugal c/ Conseil* (1999)⁵³⁷, et selon laquelle « *ce n'est que dans l'hypothèse où la Communauté a étendu donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre de l'OMC, ou dans le cas où l'acte communautaire renvoie expressément à des dispositions précises des accords inclus dans des annexes de l'accord*

⁵³¹ CJCE, 22.06.1989, *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol) c/ Commission*, Aff. 70/87, Rec. 1989 p. 01781.

⁵³² *Droit des relations extérieures de l'Union européenne*, sous la direction d'Alain FENET, édition LexisNexis Litec, Paris, 2006. p.147.

⁵³³ CJCE, 7.05.1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd c/ Conseil*, Aff. C-69/89, Rec. 1991 p. I-02069.

⁵³⁴ *Droit des relations extérieures de l'Union européenne*, sous la direction d'Alain FENET, édition LexisNexis Litec, Paris, 2006. p.147.

⁵³⁵ Jörg GERKRATH, *Bananes – Règles de l'OMC/ GATT – Effet direct – Invocabilité*, R.A.E. – L.E.A., 2001 – 2002, éditeur Kluwer, p. 619 – 625.

⁵³⁶ CJCE, 5.10.1994, *République fédérale d'Allemagne c/ Conseil*, Aff. C-280/93, Rec. 1994 p. I-04973.

⁵³⁷ CJCE, 23.11.1999, *République portugaise c/ Conseil*, Aff. C-149/96, Rec. 1999 p. I-08395.

OMC, qu'il appartient à la Cour et au Tribunal de contrôler la légalité de l'acte communautaire en cause au regard des règles de l'OMC »⁵³⁸.

92.1.4. Une autre décision sur l'invocabilité de normes du droit de l'OMC devant la Cour de Justice a été prise dans l'affaire **Hermès (1998)**⁵³⁹, où la décision a été rendue à titre préjudiciel sur l'interprétation de l'article 50, paragraphe 6, de l'accord sur les ADPIC consacré à la mesure provisoire. Selon les gouvernements néerlandais, français et du Royaume-Uni (parties dans cette affaire) la Cour n'était pas compétente pour répondre à la question préjudicielle ni pour interpréter l'article en cause.

La Cour, cependant, a dit qu'elle disposait d'une compétence pour interpréter l'article 50 de l'ADPIC (pp. 22 – 33). Elle a souligné que les accords OMC ont été conclus par l'UE et ratifiés par ses États membres, ainsi, les arguments de gouvernements de la France, des Pays-Bas et du Royaume-Uni alléguant que « *dès lors que la CE n'aurait toujours pas adopté d'autres règles d'harmonisation dans le domaine concerné, l'article 50 de l'accord ADPIC ne relèverait pas du champ d'application du droit communautaire, de sorte que la Cour ne serait pas compétente pour l'interpréter* » ont été rejetés. Ainsi, comme le notent les commentateurs optimistes discutant la place des normes de l'OMC dans l'ordre juridique européen, dans cet arrêt « la Cour continuait à faire valoir que les règles OMC, l'accord ADPIC en occurrence, en tant que partie intégrante de l'ordre juridique communautaire étaient des normes de référence dans l'interprétation des actes communautaires ».⁵⁴⁰

92.1.5. L'étape suivante de l'évolution et d'expression du point de vue de la Cour sur l'invocabilité du GATT/ OMC est représentée par l'ordonnance de la CJCE du 2 mai 2001⁵⁴¹ ainsi que les trois arrêts du TPI du 20 mars 2001 (**Cordis, Bocci et T. Port**)⁵⁴² qui « constituent en quelque sorte le point culminant ».⁵⁴³ Ainsi, « le refus de principe de l'invocabilité des règles de l'OMC acquièrent un caractère définitif »⁵⁴⁴.

⁵³⁸ *Allemagne c/ Conseil* (pt. 111), *Portugal c/ Conseil* (pt. 49).

⁵³⁹ CJCE, 16.06.1998, *Hermès Internationale c/ FHT Marketing Choice BV*, Aff. C-53/96, Rec.1998 p. I-03603.

⁵⁴⁰ *Droit des relations extérieures...*, op.cit., p.150.

⁵⁴¹ CJCE, Ordonnance du 2 mai 2001, *OGT Fruchthandelsgesellschaft mbH et Hauptzollamt Hamburg-St. Anen*, aff. C-307/99, Rec. 2001 p. I-03159.

⁵⁴² TPI, 20.03.2001, *Cordis*, Aff. T-18/99, Rec. 2001 p. II-00913; TPI, 20.03.2001, *Bocci*, Aff. T-30/99; TPI, 20.03.2001, Rec. 2001 p. II-00943; *T. Port*, Aff. T-52/99, Rec. 2001 p. II-00981.

⁵⁴³ Jörg GERKRATH, *Bananes – Règles de l'OMC/ GATT...* op.cit, p. 619.

⁵⁴⁴ Ibidem. p. 621.

En statuant par voie d'ordonnance selon la procédure prévue par l'article 104, § 3⁵⁴⁵ de Règlement de procédure de la Cour de Justice de 19 juin 1991 la Cour a exprimé sa volonté de donner la réponse finale et définitive sur l'invocabilité des règles de l'OMC.⁵⁴⁶ Reconnaissant les avantages indéniables de cet article du Statut de la Cour, les commentateurs notent que, dans ce cas, la jurisprudence antérieure a été loin d'être cohérente et uniforme en vue de permettre de fermer de manière définitive la discussion sur l'invocabilité européenne de normes du droit de l'OMC.

II. Est-ce que l'approche de la Cour sur l'invocabilité des accords GATT et les accords de l'OMC est la même ?

92.2. Comme il a été prononcé dans l'arrêt *Portugal/Conseil* « compte tenu de leur nature et de leur économie, l'accord l'OMC et les accords et mémorandums figurant dans ses annexes ne figurent pas en principe parmi les normes au regard desquelles la Cour contrôle la légalité des actes des institutions communautaires ». Par la suite, dans l'arrêt *Dior*, la Cour note que pour les mêmes raisons que celles qu'elle avait exposées dans l'arrêt *Portugal/Conseil*, « les dispositions de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (TRIPS) ne sont pas de nature à créer pour les particuliers des droits dont ceux-ci peuvent se prévaloir directement devant le juge en vertu du droit communautaire ». Finalement, dans son ordonnance *OGT* elle constate simplement qu'il « en découle qu'il doit en aller de même, par identité de motifs, des dispositions du GATT de 1994 » (p.26).⁵⁴⁷

Comme le remarque le professeur Jörg Gerkrath, « ce raisonnement du genre « a + b = c » n'est pas entièrement convaincant ».⁵⁴⁸ L'arrêt *Portugal/Conseil* a traité la question de l'invocabilité de l'accord OMC, tandis que l'arrêt *Dior* a analysé la possibilité d'invoquer l'accord sur les ADPIC. En prenant en considération le fait que deux accords différents ont

⁵⁴⁵ « Lorsqu'une question posée à titre préjudiciel est identique à une question sur laquelle la Cour a déjà statué ou lorsque la réponse à une telle question peut être clairement déduite de la jurisprudence, la Cour peut, après avoir entendu l'avocat général, à tout moment, statuer par voie d'ordonnance motivée comportant référence à l'arrêt précédent ou à la jurisprudence en cause.

La cour peut également statuer par voie d'ordonnance motivée, après avoir informé la juridiction de renvoi, après avoir entendu les intéressés visés à l'article 23 du Statut en leurs observations éventuelles et après avoir entendu l'avocat général, lorsque la réponse à la question posée à titre préjudiciel ne laisse place à aucun doute raisonnable ».

⁵⁴⁶ Jörg GERKRATH, *Bananes – Règles de l'OMC/ GATT... op.cit*, p. 621.

⁵⁴⁷ Ibidem.

⁵⁴⁸ Ibidem.

été analysé et que ces deux accords ne représentent pas l'éventail de tous de types d'accords GATT-OMC, est-ce que la Cour pouvait vraiment « clairement » déduire de la jurisprudence précédente la réponse à la question de l'invocabilité du GATT 1994, posée par le *Finanzgericht* dans l'affaire OGT ?⁵⁴⁹

« Ni la Cour ni le Tribunal semblent vouloir tirer des conséquences des différences qui existent indéniablement entre le GATT 1947 et les accords de l'OMC ». ⁵⁵⁰ Aussi, la Cour n'a jamais examiné le statut des décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, et non même le GATT 1994 séparément de la jurisprudence précédente laquelle ne devait servir comme le fondement indiscutable pour la décision d'impossibilité d'invoquer les normes de tel accord devant la Cour européen.⁵⁵¹ Ainsi, on pourrait se demander si le point final concernant l'invocabilité des normes GATT-OMC n'a pas été mis trop tôt.

§ 2. L'effet direct des normes du droit de l'OMC.

93. La deuxième question à analyser dans le cadre de la présente section porte sur l'effet direct ou l'absence de tel effet des normes du droit de l'OMC. Comme l'a bien noté Geert A. Zonnekeyn, l'effet direct et l'invocabilité sont deux concepts distincts.⁵⁵² Conséquemment, ils sont analysés séparément au sein de la thèse. Premièrement, dans ce paragraphe, l'approche générale basé sur l'analyse de la jurisprudence européenne est examinée, et, deuxièmement, on se demande à nouveau : est-ce que l'approche de la Cour de Justice et du Tribunal sur l'effet direct des accords GATT et des accords de l'OMC est la même ?

I. L'approche générale de la Cour.

93.1. La liste d'arrêts de la Cour sur l'effet direct des normes du droit de l'OMC ressemble beaucoup à la liste d'arrêts sur l'invocabilité européenne du droit de l'OMC.

⁵⁴⁹ Ibidem.

⁵⁵⁰ Ibidem. p.622.

⁵⁵¹ Ibidem.

⁵⁵² Geert A. ZONNEKEYN, *Direct Effect of WTO Law*, Cameron May, London, 2008, p.89.

Néanmoins, ce sont deux questions différentes, ainsi, il a été décidé de les traiter séparément en vue de donner l'image la plus claire et précise.

93.1.1. Dans l'arrêt pionnier *International Fruit* la Cour a établi pour la première fois le lien entre la possibilité d'invoquer un accord international pour la révision de la validité d'un acte communautaire et le fait que certaines provisions de cet accord peuvent être invoquées par les particuliers devant les juridictions nationales.⁵⁵³ Dans le texte de la décision on ne trouve pas l'expression exacte « effet direct », néanmoins, la Cour déclare que : « *L'article XI de GATT n'est pas de nature à engendrer, pour les justiciables de la Communauté, le droit de s'en prévaloir en justice. Dès lors, la validité des règlements en cause ne saurait être affectée par cet article* » (points 27 et 28). Ainsi, on déduit que selon le point de vue de la Cour - les normes de GATT n'ont pas d'effet direct.

93.1.2. Le suivant arrêt, *Nakajima*, prévoit « *La possibilité de mettre en cause, par la voie de l'exception d'illégalité, prévue par l'art. 184 TCE, la validité du règlement antidumping de base, pour contrariété avec un accord international, en l'occurrence le code antidumping élaboré en 1979 dans le cadre du GATT pour assurer la mise en œuvre de l'article VI de celui-ci, ne présuppose pas la production d'effet direct par ledit accord. Elle existe du seul fait que cet accord lie la CE et qu'il est constant qu'en arrêtant le règlement critiqué la CE a entendu satisfaire à ses obligations internationales* » (points 28-31).

93.1.3. Dans l'arrêt suivant - *Allemagne contre Conseil*- l'Allemagne ne soulève pas la question de l'effet direct des normes du droit de l'OMC. La République fédérale d'Allemagne a soutenu que « *le respect des règles du GATT conditionne la légalité des actes communautaires, abstraction faite de toute question relative à l'effet direct de GATT, et que le règlement contrevient à certaines dispositions fondamentales de cet accord* » (point 103). La Cour, cependant, traite la question de l'effet direct car elle constitue un des points essentiels de l'analyse. Dans la jurisprudence précédente (voir les arrêts du 12 décembre 1972, *International Fruit Company*, 21/72 à 24/72, Rec. p. 1219, points 21, 25 et 26, du 24 octobre 1973, *Schlueter*, 9/73, Rec. p. 1135, point 29, du 16 mars 1983, *SIOT*, 266/81, Rec. p. 731, point 28, *SPI et SAMI*, 267/81, 268/81 et 269/81, Rec. p. 801, point 23) la Cour a reconnu que « *les dispositions de GATT ont pour effet de lier la Communauté. Elle a toutefois également admis qu'en vue d'apprécier la portée du GATT dans l'ordre juridique*

⁵⁵³ Ibidem, p.17.

communautaire, il convient d'envisager à la fois l'esprit, l'économie et les termes de GATT » (point 105).

Néanmoins, la Cour a constaté aussi dans sa jurisprudence *« que le GATT, fondé, aux termes de son préambule, sur le principe de négociations entreprises sur « une base de réciprocité et d'avantages mutuels », est caractérisé par la grande souplesse de ses dispositions, notamment de celles qui concernent les possibilités de dérogation, les mesures pouvant être prises en présence de difficultés exceptionnelles et le règlement des différends entre les parties contractantes »* (point 106). *« Ces particularités de GATT, relevées par la Cour pour constater qu'un justiciable de la Communauté ne peut pas s'en prévaloir en justice afin de contester la légalité d'un acte communautaire, s'opposent également à ce que la Cour prenne en considération les dispositions de GATT pour apprécier la légalité d'un règlement dans le cadre d'un recours introduit par un État membre au titre de l'article 173, premier alinéa, du traité »* (point 109).

En effet, les différentes particularités relevées ci-dessus font apparaître que les règles de GATT sont dépourvues de caractère inconditionnel et que l'obligation de leur reconnaître valeur de règles de droit international immédiatement applicables dans les ordres juridiques internes des parties contractantes ne peut pas être fondée sur l'esprit, l'économie ou les termes de GATT (point 110). En l'absence d'une telle obligation découlant de GATT lui-même, ce n'est que dans l'hypothèse où la Communauté a entendu donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre du GATT ou dans celle où l'acte communautaire renvoie expressément à des dispositions précises de GATT, qu'il appartient à la Cour de contrôler la légalité de l'acte communautaire en cause au regard des règles du GATT (voir arrêts du 22 juin 1989, *Fediol*, 70/87, Rec. p. 1781, et du 7 mai 1991, *Nakajima/Conseil*, C-69/89, Rec. p. I-2069) (point 111). Il résulte des développements qui précèdent que l'Allemagne ne saurait invoquer les dispositions du GATT pour contester la légalité de certaines dispositions du règlement (point 112).

93.1.4. Dans l'arrêt suivant – **Hermès** - on note que même si des arguments ont été échangés sur la question de l'effet direct de l'article 50 de l'accord sur les ADPIC, la Cour souligne qu'elle n'était pas appelée à statuer sur cette question, mais seulement à répondre à la question d'interprétation qui lui a été soumise par la juridiction nationale, pour que cette dernière soit en mesure d'interpréter les règles de procédure néerlandaises à la lumière des dispositions dudit article (point 35).

93.1.5. Selon l'arrêt *Portugal contre Conseil*, s'il est vrai que la Cour a jugé, dans l'arrêt du 5 octobre 1994, *Allemagne/Conseil* (C-280/93, Rec. p. I-4973, points 103 à 112), que les règles du GATT n'ont pas d'effet direct et que les particuliers ne peuvent s'en prévaloir devant les organes juridictionnels, il n'en demeure pas moins que, dans ce même arrêt, elle a affirmé qu'il en va autrement lorsque l'adoption des mesures donnant exécution à des obligations assumées dans le cadre du GATT est en cause, ou lorsqu'un acte communautaire renvoie expressément à des dispositions précises de l'accord général. Dans ces cas, ainsi que la Cour l'a jugé au point 111 de tel arrêt, il appartient à cette dernière de contrôler la légalité de l'acte communautaire à la lumière des règles du GATT (point 27). Or, selon le gouvernement portugais, il en va précisément ainsi dans le cas d'espèce, qui porte sur l'adoption d'un acte - la décision attaquée - qui approuve les mémorandums d'accord négociés avec l'Inde et le Pakistan à la suite de la conclusion du cycle de l'Uruguay, spécialement aux fins de l'application des règles figurant dans le GATT de 1994 et dans l'Accord sur les Textiles et les Vêtements (ci-après ATV) (point 28).

Le Conseil, soutenu par la République française et par la Commission, invoque, en revanche, les caractéristiques particulières des accords OMC qui justifient, selon eux, que soit appliquée à ces accords la jurisprudence de la Cour relative à l'absence d'effet direct et à la non-invocabilité en principe des dispositions du GATT de 1947 (point 29). Ils font valoir qu'il découle du caractère particulier de la décision attaquée que celle-ci n'est pas analogue aux réglementations en cause dans les arrêts du 22 juin 1989, *Fediol/Commission* (70/87, Rec. p. 1781), et du 7 mai 1991, *Nakajima/Conseil* (C-69/89, Rec. p. I-2069). En effet, elle ne constituerait pas une réglementation communautaire en matière commerciale visant à «transposer» en droit communautaire des dispositions de l'ATV (point 30).

Le gouvernement portugais rétorque que ce n'est pas le GATT de 1947 qui est en cause dans la présente affaire, mais les accords OMC, parmi lesquels figurent le GATT de 1994, l'ATV et l'accord sur les procédures de licences d'importation. Or les accords OMC présentent des différences significatives par rapport au GATT de 1947, notamment en ce qu'ils introduisent une profonde transformation dans le système de règlement des litiges (point 31). En outre, la présente affaire ne soulève pas, selon lui, le problème de l'effet direct, mais concerne la question de savoir dans quelles circonstances un État membre peut invoquer devant la Cour les accords OMC aux fins d'apprécier la légalité d'un acte du Conseil (point 32).

93.1.6. L'autre arrêt ayant un intérêt pour nous, c'est l'arrêt **Dior**. Dans ce cas, en estimant que l'affaire au principal soulevait la question de l'effet direct de l'article 50, paragraphe 6, du l'accord sur les ADPIC, entré en vigueur aux Pays-Bas le 1^{er} janvier 1996, l'Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante: «*L'article 50, paragraphe 6, de l'accord sur les ADPIC doit-il être interprété comme ayant un effet direct, en ce sens que les conséquences juridiques qu'il comporte se produisent même dans le cas où la législation nationale ne contient aucune disposition analogue?*» (point 19).

Les juridictions de renvoi cherchaient en substance à savoir si, et dans quelle mesure, les exigences procédurales de l'article 50, paragraphe 6, du l'accord sur les ADPIC puissent entrer dans la sphère du droit communautaire de sorte que, soit à la demande des parties, soit d'office, les juridictions nationales ont été tenues de les mettre en œuvre (point 41).

Selon une jurisprudence constante, une disposition d'un accord conclu par la Communauté avec des pays tiers doit être considérée comme étant d'application directe lorsque, eu égard aux termes, à l'objet et à la nature de l'accord, on peut conclure que la disposition comporte une obligation claire, précise et inconditionnelle qui n'est subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte ultérieur (voir, à cet égard, arrêts du 30 septembre 1987, *Demirel*, 12/86, Rec. p. 3719, point 14, et du 16 juin 1998, *Racke*, C-162/96, Rec. p. I-3655, point 31) (point 42). La Cour a déjà jugé que, compte tenu de leur nature et de leur économie, l'accord OMC et ses annexes ne figurent pas en principe parmi les normes au regard desquelles la Cour contrôle les actes des institutions communautaires en vertu de l'article 173, premier alinéa, du traité CE (devenu, après modification, article 230, premier alinéa, CE) (voir arrêt du 23 novembre 1999, *Portugal/Conseil*, C-149/96, Rec. p. I-8395, point 47) (point 43). Pour les mêmes raisons que celles que la Cour a exposées aux points 42 à 46 de l'arrêt *Portugal c/ Conseil*, précité, les dispositions de l'accord sur les ADPIC, qui figure en annexe à l'accord OMC, ne sont pas de nature à créer pour les particuliers des droits dont ceux-ci peuvent se prévaloir directement devant le juge en vertu du droit communautaire (point 44).

La constatation que les dispositions du l'accord sur les ADPIC n'ont pas, en ce sens, d'«effet direct» ne répond toutefois pas entièrement au problème soulevé par les juridictions de renvoi (point 45). En effet, l'article 50, paragraphe 6, du l'accord sur les ADPIC constitue une disposition procédurale destinée à être mise en œuvre par les juridictions

communautaires et nationales en vertu des obligations assumées tant par la Communauté que par les États membres (point 46). S'agissant d'un domaine auquel l'accord sur les ADPIC s'applique et dans lequel la Communauté a déjà légiféré, comme c'est le cas de celui de la marque, il résulte de l'arrêt *Hermès*, précité, et notamment de son point 28, que les autorités judiciaires des États membres sont tenues en vertu du droit communautaire, lorsqu'elles sont appelées à appliquer leurs règles nationales en vue d'ordonner des mesures provisoires pour la protection des droits relevant d'un tel domaine, de le faire dans la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de l'article 50 du l'accord sur les ADPIC (point 47).

En revanche, s'agissant d'un domaine dans lequel la Communauté n'a pas encore légiféré et qui, par conséquent, relève de la compétence des États membres, la protection des droits de propriété intellectuelle et les mesures prises à cette fin par les autorités judiciaires ne relèvent pas du droit communautaire. Dès lors, le droit communautaire ne commande ni n'exclut que l'ordre juridique d'un État membre reconnaisse aux particuliers le droit de se fonder directement sur la norme prévue par l'article 50, paragraphe 6, du l'accord sur les ADPIC ou qu'il impose au juge l'obligation de l'appliquer d'office (point 48).

Il y a donc lieu de répondre à la question posée que:

- s'agissant d'un domaine auquel l'accord sur les ADPIC s'applique et dans lequel la Communauté a déjà légiféré, les autorités judiciaires des États membres sont tenues en vertu du droit communautaire, lorsqu'elles sont appelées à appliquer leurs règles nationales en vue d'ordonner des mesures provisoires pour la protection des droits relevant d'un tel domaine, de le faire dans la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de l'article 50 du l'accord sur les ADPIC, mais

- s'agissant d'un domaine dans lequel la Communauté n'a pas encore légiféré et qui, par conséquent, relève de la compétence des États membres, la protection des droits de propriété intellectuelle et les mesures prises à cette fin par les autorités judiciaires ne relèvent pas du droit communautaire. Dès lors, le droit communautaire ne commande ni n'exclut que l'ordre juridique d'un État membre reconnaisse aux particuliers le droit de se fonder directement sur la norme prévue par l'article 50, paragraphe 6, du l'accord sur les ADPIC ou qu'il impose au juge l'obligation de l'appliquer d'office (point 49).

93.1.7. L'analyse de la jurisprudence se continue avec l'étude du groupe fameux d'arrêts intitulé « *Bananes* ». Dans ces arrêts, il est souligné encore une fois que concernant

les conséquences éventuelles à tirer de l'arrêt *Portugal c/ Conseil*, précité (voir point 22 ci-dessus), la requérante a, en réponse à la question posée par le Tribunal, admis que la Cour avait jugé que les dispositions de l'OMC n'avaient pas d'effet direct général dans l'ordre juridique communautaire. (point 38 *Bocchi*, point 33 *T.Port*, point 33 *Cordis*). La Commission a fait valoir que les règles de l'OMC n'ont pas eu d'effet direct dans l'ordre juridique communautaire et ne pourraient donc être invoquées par des particuliers. (point 43 *Bocchi*, point 38 *T.Port*, point 38 *Cordis*). Elle a fait observer qu'il ressort d'une jurisprudence constante que les dispositions du GATT de 1947 étaient dépourvues de caractère inconditionnel et qu'il ne pouvait leur être reconnu valeur de règles de droit international immédiatement applicables dans les ordres juridiques internes des parties contractantes (voir arrêt de la Cour du 5 octobre 1994, *Allemagne c/ Conseil*, C-280/93, Rec. p. I-4973). La Commission a estimé que cette jurisprudence s'appliquait également à l'accord OMC et à ses annexes, étant donné que ces textes présentent les mêmes particularités que les dispositions du GATT de 1947 qui ont conduit à dénier à ces dernières un effet direct. (point 44 *Bocchi*, point 39 *T.Port*, point 39 *Cordis*).

Dans ses observations sur les conséquences à tirer de l'arrêt *Portugal c/ Conseil*, précité, la requérante a reconnu que les dispositions de l'OMC étaient privées d'effet direct général dans l'ordre juridique communautaire. Toutefois, elle a soutenu que son recours était fondé sur une nouvelle catégorie de détournement de pouvoir, constitué par le fait, pour la Commission, d'avoir adopté un règlement méconnaissant une décision déclarant le système communautaire incompatible avec les règles de l'OMC et son engagement d'éliminer les infractions ainsi constatées (voir points 39 à 41 ci-dessus), en violation de l'interdiction de *venire contra factum proprium*. (point 57 *Bocchi*, point 52 *T.Port*, point 52 *Cordis*).

93.1.8. L'arrêt lié étroitement au groupe « Bananes » est l'arrêt **OGT**. Dans cet arrêt, en jugeant pertinentes les conclusions auxquelles le groupe spécial était parvenu dans son rapport du 12 avril 1999 quant à l'incompatibilité de l'organisation commune des marchés dans le secteur de la banane, telle que modifiée, avec les articles Ier et XIII du GATT de 1994, le *Finanzgericht Hamburg* a estimé que cette illégalité pourrait, sous réserve de l'effet direct desdites dispositions, entraîner l'inapplicabilité de l'article 18, paragraphe 1, second alinéa, du règlement n° 404/93, tel que modifié par le règlement n° 1637/98 (point 19). Selon le *Finanzgericht Hamburg*, une telle inapplicabilité pourrait résulter soit de la primauté et de

l'effet direct du GATT qui, dans le cas d'espèce, seraient susceptibles de découler, depuis le 21 janvier 1996, date de l'adhésion de l'Équateur au GATT de 1994, de l'article 234, premier alinéa, du traité CE (devenu, après modification, article 307, premier alinéa, CE), soit de l'effet direct général qui aurait été éventuellement acquis par le GATT depuis le 1er janvier 1995, date de l'entrée en vigueur de l'accord OMC et du mémorandum d'accord (point 20).

Aussi le *Finanzgericht Hamburg* a-t-il décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante: «*L'article 18, paragraphe 1, second alinéa, du règlement (CEE) n° 404/93 du Conseil, du 13 février 1993, portant organisation commune des marchés dans le secteur de la banane, tel que modifié par le règlement (CE) n° 1637/98 du Conseil, du 20 juillet 1998, est-il inapplicable, car contraire aux articles Ier et XIII du GATT de 1994, dont un particulier peut se prévaloir en justice?*» (point 21)

Par ailleurs, même à supposer que l'article 234, premier alinéa, du traité soit applicable au GATT de 1994 en dépit du fait que celui-ci est, aux termes de l'article II, paragraphe 4, de l'accord OMC, juridiquement distinct du GATT de 1947, présente des différences notables par rapport aux dispositions de ce dernier (voir arrêt *Portugal c/ Conseil*, précité, point 36) et a été conclu et approuvé par la Communauté en vertu d'une compétence exclusive de celle-ci (voir avis 1/94, du 15 novembre 1994, Rec. p. I-5267, point 1 du dispositif), aucun effet direct des dispositions du GATT de 1994 ne saurait non plus être déduit de l'article 234, premier alinéa, du traité instituant la CE (point 29).

II. Est-ce que l'approche de la Cour sur l'effet direct des accords GATT et les accords de l'OMC est la même ?

93.2. On a traité la question de la différence entre les accords GATT et les accords de l'OMC concernant l'invocabilité, il semble utile de faire la même distinction concernant la question de l'existence de l'effet direct de tels accords.

Par voie d'ordonnance du 2 mai 2001 « OGT » (précité au-dessus) la Cour a répondu au juge allemand du *Finanzgericht Hamburg* « *qu'aucun effet direct des dispositions du GATT de 1994 ne saurait non plus être déduit de l'article 234, premier alinéa, du traité instituant la Communauté européenne* » (point 29) (article 267 TFUE). Comme on l'a mentionné plus haut au sujet de l'invocabilité, « ni la Cour, ni le Tribunal ne semblent vouloir tirer de conséquences des différences qui existent indéniablement entre le GATT de 1947 et les

accords de l'OMC de 1994 ». ⁵⁵⁴ Ainsi, même si selon les spécialistes de droit de l'OMC, les accords GATT 1947 et GATT 1994 constituent des accords différents, la Cour, par voie d'ordonnance, a donné une réponse unique pour plusieurs questions.

S'agissant de décisions rendues dans le cadre de la procédure de résolution de disputes dans le cadre de l'OMC (Organe du règlement de différends), le Tribunal avait conclu que ces décisions pouvaient s'appliquer à un individu seulement s'il existait un lien juridique entre elle et lui. ⁵⁵⁵ Quelques auteurs suggèrent, cependant, qu'il faudrait reconnaître aux décisions de l'organe d'appel de l'OMC un effet obligatoire au sein de l'ordre juridique européen. ⁵⁵⁶ Une telle proposition semble peu crédible, même si on est convaincu qu'il existe une nécessité de tirer les conclusions de manière directe de décisions de l'ORD et de l'Organe d'appel de l'OMC (voir l'analyse des affaires « Kodak » et « Telmex », paragraphe 99.1 et 99.2.).

Section 2. L'approche spéciale.

Dans le cadre de la présente section, tout d'abord, les normes du droit de l'OMC sur la concurrence seront examinées (paragraphe 1) et, ensuite, la place de telles normes dans l'ordre juridique européen sera analysée (paragraphe 2). Comme il n'existe pas un recueil de toutes les normes du droit de l'OMC touchant à la concurrence on a essayé de créer tel recueil dans l'Annexe à la thèse où toutes les normes du droit de l'OMC touchant à la concurrence sont présentées.

§ 1. Les normes du droit de l'OMC sur la concurrence.

94. Avant que l'on ne commence l'analyse plus détaillée de la place des normes du droit de GATT/ OMC sur la concurrence dans l'ordre juridique européen, il est nécessaire de définir tout d'abord quels sont les articles d'accords GATT-OMC visant exactement à régler la concurrence sur les marchés des États membres de l'OMC.

⁵⁵⁴ Jörg GERKRATH, *Bananes – Règles de l'OMC/ GATT... op.cit*, p. 622.

⁵⁵⁵ TPI, 28.09.1999, *Fruchthandels-gesellschaft mbH Chemnitz*, T-254/97, Rec. p.II-2743, Cf. Jörg GERKRATH, *Bananes – Règles de l'OMC/ GATT... op.cit*, p. 622.

⁵⁵⁶ G.A. ZONNEKEYN, *The latest on indirect effect of WTO law in the EC legal order. The Nakajima case law misjudged?*, JIEL 2001, p.587. cité par Jörg GERKRATH, *Bananes – Règles de l'OMC/ GATT... op.cit*, p. 622.

Il existe deux types des normes du droit de l'OMC qui interagissent sur la régulation de la concurrence sur le marché européen. Le premier type est constitué des articles visant spécialement à régler la concurrence (très souvent ils contiennent des termes précis comme « la concurrence », « le monopole » etc.), le deuxième type représente les articles visés à régler le commerce en général, y compris la concurrence, néanmoins, ces normes générales peuvent aussi influencer sur la régulation de la concurrence. L'analyse de deuxième type des normes est plus compliquée, comme de tels articles ne contiennent pas les indications claires signifiant sans doute que tel ou tel norme peut être appliqué dans le cas particulier. En utilisant une approche déductive, les normes générales seront examinées avant les normes spéciales. Comme il été mentionné auparavant, le texte de toutes les normes analysées est présenté dans l'Annexe 4 à la thèse.

I. Les normes « générales ».

95. L'examen des normes « générales », c'est-à-dire les normes qui peuvent être appliquées aux conflits concurrentiels, mais qui n'étaient pas créés spécialement pour tel but, commence logiquement avec l'Accord GATT.

Accord GATT. Il faut préciser que l'Accord sur l'OMC comprend le GATT de 1994 qui est fondé sur le texte de GATT 1947. Le GATT 1994, comme le GATT 1947 ne fait pas de références directes aux pratiques commerciales restrictives d'origine privée. Dès qu'on parle des normes générales du droit de l'OMC pouvant influencer sur la régulation de la concurrence, on pense toute de suite à l'article XXIII de GATT intitulé « *Protection des concessions et des avantages* » (voir Annexe 1).

L'article XIII institue une procédure de règlement des différends permettant de formuler des recommandations obligatoires de mise en conformité avec le droit de l'OMC. Actuellement la procédure est gérée par l'Organe de règlement des différends (ci-après ORD), constitué au sein de l'OMC, et se déroule en trois phases :

- 1) les consultations,
- 2) une procédure de type juridictionnel devant un groupe spécial complétée, si nécessaire, par une procédure d'appel,

3) une phase de mise en œuvre des recommandations formulées.⁵⁵⁷

Ainsi, « dans le cas où un Membre considérerait que ses avantages se trouvent annulés ou compromis du fait des circonstances indiquées à l'article XXIII, il peut alors recourir au mécanisme de règlement des différends. Sauf quelques exceptions, le mécanisme de règlement des différends de l'OMC peut être utilisé pour tout litige ou contentieux relatif à l'application des accords de l'OMC ».

Il faut noter que les obligations découlant du droit de l'OMC ne s'appliquent qu'aux États et non aux entreprises (comme le droit de l'OMC n'a pas d'effet direct dans les États membres de l'OMC)⁵⁵⁸, ainsi, il est impossible de soumettre les pratiques commerciales restrictives à un contrôle dans le cadre de la procédure de règlement des différends. Il est possible, par contre, de rattacher le comportement de l'État à des pratiques commerciales restrictives et de cette manière, de présenter des cas relatifs à des pratiques commerciales restrictives dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC.⁵⁵⁹

Comme il résulte de l'article XXIII, à la suite de l'échec de consultations, tout Membre de l'OMC a le droit d'introduire une action devant l'ORD au cas où il considère que l'un des avantages résultant pour lui, directement ou indirectement, d'un ou plusieurs accords de l'OMC, se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs du ou des accord(s) invoqué(s) est entravée par une mesure prise par un autre Membre de l'OMC.⁵⁶⁰

Ainsi, l'article XXIII prévoit les voies d'action suivantes :

- 1) La plainte en cas de violation dudit article : paragraphe 1 (a) de l'article XXIII
- 2) Le mécanisme de non-violation - selon le paragraphe 1 (b) de l'article XXIII
- 3) Le cas exceptionnel de l'article XXIII – paragraphe 1 (c) de l'article XXIII.⁵⁶¹

L'article XXIII(1) (a) peut être appliqué si l'État membre a violé une de ses obligations selon le droit de GATT/OMC. L'État pourrait violer de telles obligations si, par exemple, il adopte une loi exigeant des entreprises nationales qu'elles ne procèdent à aucune

⁵⁵⁷ David LUFF, *Le droit de l'OMC – Analyse critique*, Brylant, ULB, 2004, p.775 cité de Ali Cenk KESKIN, *Contribution à la recherche d'un cadre juridique pour un droit international de la concurrence plus efficace*, Thèse en droit, Université Paris I – Université Galatasaray, 2009. p.352.

⁵⁵⁸ Voir l'analyse de la jurisprudence de la CJCE.

⁵⁵⁹ Ali Cenk KESKIN, *Contribution à la recherche d'un cadre juridique pour un droit international de la concurrence plus efficace*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris I – Panthéon – Sorbonne et Université Galatasaray, 2009, p. 352. ; Benoît MERKT, *Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence*, op.cit., p. 87.

⁵⁶⁰ Ali Cenk KESKIN, *Contribution à la recherche d'un cadre juridique pour un droit international de la concurrence plus efficace*, op.cit., p.353.

⁵⁶¹ Ibidem. p. 353 – 360.

importation ou qu'elles ne fassent pas de commerce au-delà d'un certain niveau. Une telle exigence constituerait une violation du principe du traitement national de l'article III(4) ou de la prohibition de quotas selon l'article XI. Néanmoins, il est rare que de telles activités soient mandatées par l'État. Il est beaucoup plus probable que l'État soit accusé d'encouragement ou de tolérance de barrières privées au commerce. Toutefois, il peut être assez difficile d'appliquer l'article XXIII(1) (a), tandis que l'application de l'article XXIII(b) qui ne dépend pas de preuves de la violation de dispositions d'accords GATT-OMC paraît plus probable. La formule de l'article XXIII(1) (c) est trop ambiguë (« ...qu'il existe une autre situation... ») pour qu'il soit possible de l'analyser de manière précise et scientifique. Ainsi, on revient à l'examen de paragraphe (1) (b) dudit article.⁵⁶²

L'article XXIII(1) (b) est applicable dans le cas où l'État peut établir que l'avantage qu'il pourrait avoir selon GATT a été invalidé ou empiré ou l'obtention d'un but selon GATT a été entravé par d'une mesure de l'autre État, qu'il soit en conflit avec les dispositions de GATT ou pas.⁵⁶³

Les termes de l'article XXIII(1) (b) devaient être obligatoirement assez vastes en vue d'empêcher le retour en arrière par l'usage de mesures qui n'étaient pas spécifiquement interdites. Cependant, le paragraphe 1(b) de ledit article représente la vraie difficulté d'interprétation. La question est dans quelle mesure le champ d'application de l'article XXIII(1) (b) pourrait et devrait s'étendre sur l'espace indéfini autour des exigences d'accords de GATT-OMC, afin de garantir l'exécution d'obligations découlant du droit de GATT-OMC et des ces objectifs. Selon l'approche de panels de l'OMC le mécanisme de non-violation reste le mécanisme d'exception exigeant la justification détaillée (v. *Japan-Film*, WTO Doc WT/DS44/R 1998 p. 10.30, *EC – Asbestos*, WTO Doc WT/DS135/AB/R, AB-2000-11 p.186).⁵⁶⁴

En vue d'appliquer l'article XXIII(1) (b) l'État-exportateur doit établir trois faits (v. *Japan-Film* - p. 10.41). Premièrement, l'État-exportateur doit établir que l'État-importateur a introduit la « mesure ». Deuxièmement, l'État-exportateur doit établir que l'avantage issu du droit de GATT/OMC a été invalidé ou empiré à cause de cette mesure. Finalement, l'État-exportateur doit établir que la mesure a eu un effet disproportionnellement négatif sur l'import en comparaison avec les produits locaux.⁵⁶⁵

⁵⁶² Brendan SWEENEY, *Globalization of Competition Law and Policy: Some Aspects of the Interface between Trade and Competition*, MJIL Vol.5 (2), 2004. pp. 401-402.

⁵⁶³ Ibidem. p.402.

⁵⁶⁴ Ibidem. p.403.

⁵⁶⁵ Ibidem. p. 404.

Il faut spécifier que le procès selon l'article XXIII et le procès entre les États. Il n'y a pas de disposition qui prévoient de compenser les dommages d'exportateurs privés. Aussi il n'y a pas d'obligation selon l'article XXIII(1) (b) exigeant l'État d'annuler la mesure en cause. L'État-exportateur sera obligé à établir les mesures commerciales équilibrantes ou imposer les mesures de répression.⁵⁶⁶

II. Les normes « spéciales ».

96. Après avoir analysé les normes générales de droit de l'OMC pouvant toucher à la concurrence il est nécessaire d'examiner les normes plus spéciales qui sont visées de régler des questions différentes liées directement au droit de la concurrence. Comme dans la partie précédente de ce paragraphe tout d'abord sont présentées les normes de GATT.

A. GATT

96.1. Les provisions de GATT affectant la concurrence de manière directe incluent :

- l'article II:4 – sur les concessions ;
- les articles III:2 et III:4 – sur la préservation de la concurrence entre les produits locaux et ceux-ci importés ;
- l'article XI – sur les restrictions quantitatives ;
- l'article XVII – sur les obligations pour les entreprises d'État.

Le but fondamental de l'article II:4 est la protection de l'intégrité d'engagements concernant l'accès au marché contre l'érosion possible par des certains formes de structure interne du marché. L'article II:4 interdit le comportement d'un monopole d'importation visé à assurer une protection moyenne supérieure à celle qui est prévue par le tarif pour le produit en question. L'article II:4 est limité aux monopoles d'importation de biens et ne concerne pas la distribution.⁵⁶⁷

L'article III est une des dispositions-clés de GATT qui contient l'exigence pour le gouvernement d'assurer que les produits nationaux et importés soient traités également. Le

⁵⁶⁶ Ibidem. p.410.

⁵⁶⁷ Kevin KENNEDY, *Competition law and the World Trade Organization. The limits of multilateralism*, Sweet&Maxwell, London, 2001. p.129.

traitement égal n'est pas garanti nécessairement par l'application des normes identiques, parce qu'une telle application peut mener à la discrimination *de facto* en faveur de produits nationaux. Les Panels ont interprété l'article III comme l'obligation d'un résultat : les parties contractantes ont la discrétion concernant l'implémentation de l'article.⁵⁶⁸ Quels que soient les moyens choisis, ils doivent avoir pour conséquence un traitement de produits importés non moins favorable que ceci pour les produits nationaux. Comme l'article III prévoit de garantir de conditions concurrentielles égales, les Panels GATT ont statué que les effets commerciaux sont absolument non-pertinents dans ce contexte.⁵⁶⁹ De plus, l'article III s'applique sans tenir compte d'aucun engagement spécial tarifaire de partie contractante – importateur, ainsi, il s'applique à tous les imports sur une base « produit-par-produit » (*product-by-product basis*).⁵⁷⁰ Bien que cela ne soit pas clairement expliqué, l'article III ne dit pas que le traitement national peut être garanti seulement sur le territoire national de la partie contractante – importateur. Évidemment, s'il n'y a pas de production nationale l'article III ne peut pas être appliqué.⁵⁷¹ Finalement, la simple existence de la législation peut violer l'article examiné, comme la simple exposition au risque que le traitement national ne soit pas garanti a été jugée comme incohérente avec le GATT.⁵⁷²⁵⁷³

L'article III fait la distinction entre les politiques qui inclut les frais (les taxes et les autres impositions) et les politiques sans les frais. Le paragraphe 2 de l'article III prévoit que les taxes intérieures et les autres impositions directes ou indirectes doivent être appliquées comme pour les produits nationaux, tandis que paragraphe 4 de l'article III parle de toutes

⁵⁶⁸ *It is upon the contracting party applying differential treatment to show that, in spite of such differences, the no less favourable treatment standard of Art. III is met. "US-Section 337" Panel Report, GATT Basic Instrument and Selected Documents (hereafter BISD) 36S/387, §5.11.*

⁵⁶⁹ *« Art.III protects competitive conditions between imported and domestic products but does not protect expectations on export volume... is not conditional on a "trade effect test" nor is it qualified by a minimum standard", US Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages", DS32/R, adopted 19 June 1992, §5.6. The same Panel Report subsequently makes a similar argument with respect to Art.III:4. This conclusion with respect to Art.III:2 was already reached in "Brazilian Internal Taxes" GATT/CP.3/42, adopted on 30 June 1949, Vol.II/185, §16.*

⁵⁷⁰ *Arguments that Art. III only require that on average imported and domestic products be treated in the same way have been rejected on the basis that it would lead to great uncertainty about the condition of competition between imported and domestic products and thus defeat the purposes of Art. III. Panel Report on "US-Section 337 of the Tariff Act of 1930", L/6439, adopted on 7 November 1989, BISD 36S/387, §.5.14.*

⁵⁷¹ *Panel Report on « Canada – Administration of the Foreign Investment Review Act (FIRA) », L/5504, adopted on 25 June 1983, BISD 30S/159, §§5.9-5.11.*

⁵⁷² *« EEC-Payments and Subsidies paid to Processors and Producers of Oilseeds and Related Animal-Feed Proteins », L/6627, adopted on 25 January 1990, BISD 37S/124-125, §§137-141.*

⁵⁷³ *Bernard M. HOECKMAN, Petros C. MAVROIDIS, Competition, Competition Policy and the GATT, Policy Research Working Paper 1228, The World Bank, December 1993, p.10-11.*

lois, tous règlements ou toutes prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de produits similaires d'origine nationale.⁵⁷⁴

L'article III:2 traitant de la question de la non-discrimination en matière fiscale, et qui n'a donc à première vue pas d'implication pour la concurrence, représente le moyen pour établir des conditions de concurrence entre produits importés et produits nationaux.⁵⁷⁵

En vue de déterminer si une mesure fiscale intérieure est incompatible avec l'article III:2⁵⁷⁶, il faut premièrement se demander si les produits importés et les produits nationaux sont « des produits directement substituables » qui sont en concurrence les uns avec les autres ; deuxièmement, il faut se demander si les produits importés et les produits nationaux directement concurrents ou directement substituables « sont frappés ou non d'une taxe semblable », finalement, il faut déterminer si cette différence d'imposition des produits importés et des produits nationaux directement concurrents ou directement substituables est « appliquée... de manière à protéger la production nationale ».⁵⁷⁷

Le terme « les produits similaires d'origine nationale » sous-entend les produits en concurrence directe ou les produits substitutifs (voir l'Interpretive Note to Article III).⁵⁷⁸

L'Organe d'appel a qualifié l'expression « directement concurrent ou directement substituable » comme suit :⁵⁷⁹ « ...l'essence de ce rapport est que les produits sont en concurrence. Cela découle clairement tant du mot concurrence qui signifie « caractérisé par la concurrence » que du mot « substituable » qui signifie « pouvant être substitué ». Le contexte du rapport de concurrence est le marché puisque c'est l'endroit où les consommateurs choisissent entre différents produits. La concurrence sur le marché est un processus dynamique, évolutif. En conséquence, le libellé de l'expression « directement concurrents ou directement substituables » signifie que le rapport de concurrence entre les produits ne doit pas être analysé exclusivement par référence aux préférences actuelles des consommateurs. À notre avis, le mot « substituables » indique que le rapport requis peut

⁵⁷⁴ Ibidem.

⁵⁷⁵ Benoît MERKT, *Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence. Droit du GATT/OMC, droit européen, accords bilatéraux et perspectives pour le droit suisse, op.cit.*, p.61.

⁵⁷⁶ Rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4.10.1996, p.27 s.

⁵⁷⁷ Benoît MERKT, *Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence. Droit du GATT/OMC, droit européen, accords bilatéraux et perspectives pour le droit suisse, op.cit.*, p.61-62.

⁵⁷⁸ Ibidem.

⁵⁷⁹ *Korea – Alcoholic Beverages*, WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R, 18.01.1999.

exister entre des produits qui ne sont pas considérés par les consommateurs comme des substituts mais qui n'en sont pas moins susceptibles d'être substitués l'un à l'autre ».⁵⁸⁰

Ainsi, la notion de « produits directement concurrents ou substituables » ne peut être limitée aux situations dans lesquelles les consommateurs considèrent déjà les produits comme de produits de remplacement. Elle nécessite que soit également prise en compte la concurrence potentielle. Ce cas est intéressant car il montre que les principes du droit de GATT/OMC ont un rapport direct avec le droit de la concurrence et que pour les interpréter, recours est fait à des notions empruntées au droit de la concurrence comme la notion du marché, de produits substituables et celle de concurrence potentielle.⁵⁸¹

Les interdictions de restrictions quantitatives prévues par l'article XI sont vastes. Premièrement, il faut noter que les restrictions quantitatives sont interdites pour l'import et pour l'export. Deuxièmement, tous les types de mesures gouvernementales qui peuvent aboutir à l'imposition de restrictions quantitatives est interdit. Le panel de GATT a rejeté l'argument du Japon dans l'affaire *Semi-Conductors*⁵⁸² au motif que les « conseils administratifs » du gouvernement japonais pour les fabricants de semi-conducteurs ne tombaient pas sur le champ d'application de l'article XI parce que de tels conseils n'étaient pas obligatoires. Le Panel a noté que l'article XI:1 contrairement aux autres dispositions de GATT ne se rapporte pas seulement aux lois et réglementations, elle parle de « mesures » en sens très général. Ainsi, n'importe laquelle mesure prévue par le Membre de l'OMC qui restreint l'export est interdit selon l'article XI:1, sans tenir compte de son statut juridique. Le Panel a précisé que, cependant, ne pas tous types d'actions gouvernementales tombent sur le champ d'application de l'article XI:I. Il y a de critères obligatoires :

- 1) il y a des motifs raisonnables de croire que les incitations ou des désincitations suffisantes existent pour les mesures non-obligatoires prêter à affecter la concurrence ;
- 2) l'exécution de mesures orientées à restreindre l'export sous certain prix exige l'action ou intervention du gouvernement (point 109).⁵⁸³

⁵⁸⁰ Benoît MERKT, *Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence. Droit du GATT/OMC, droit européen, accords bilatéraux et perspectives pour le droit suisse*, op.cit., p.61-62.

⁵⁸¹ Ibidem. p.62-63-

⁵⁸² Report of the GATT Panel, "*Japan – Trade in Semi-Conductors*", BISD, 35th Supp. 116, 153-55, pp. 104-09, 8 May 1988.

⁵⁸³ Kevin KENNEDY, *Competition law and the World Trade Organization. The limits of multilateralism*, Sweet&Maxwell, London, 2001. p.136-137.

La question de l'existence de l'effet actuel sur le commerce n'est pas pertinente, la simple existence de restrictions quantitatives, sans tenir compte de l'entrave réel à l'import ou l'export, viole l'article XI:1, parce qu'elle affecte les conditions de la concurrence.⁵⁸⁴ Dans le contexte de la politique de la concurrence, les cartels de l'export sanctionnés par le gouvernement, qui limitent la quantité ou fixent le prix de produits destinés pour les marchés étrangères, violent l'article XI aussi bien que les cartels d'import tolérées par le gouvernement.⁵⁸⁵

L'article XVII sur les obligations pour les entreprises d'État est le suivant dans la liste présentée de dispositions d'accords GATT/OMC touchant à la concurrence. Le paragraphe 1(a) dudit article oblige les entreprises commerciales d'État – appartenant à l'État ou contrôlées par l'État les monopoles d'achat ou de vente – à agir sur la base du principe de « l'État le plus favorisé » en toute rencontre d'achat ou de vente.⁵⁸⁶ L'article XVII concerne aussi chaque entreprise qui a reçu les privilèges exclusifs ou spéciaux d'achat ou de vente, formellement ou actuellement. Le paragraphe 1(b) de l'article analysé exige que les entreprises commerciales d'État réalisent leurs ventes ou achats « en s'inspirant uniquement de considérations d'ordre commercial telles que le prix, la qualité, les quantités disponibles, les qualités marchandes, les transports et autres conditions d'achat ou de vente, et comme imposant l'obligation d'offrir aux entreprises des autres parties contractantes des possibilités adéquates de participer à ces ventes ou à ces achats dans des conditions de libre concurrence et conformément aux usages commerciaux ordinaires ».

Le message de la politique de la concurrence de l'article XVII est clair : si l'État crée ou autorise les entreprises commerciales d'État, il ne doit pas les permettre l'abus du pouvoir monopolistique.⁵⁸⁷

B. OMC

96.2. Après avoir étudié les normes de GATT touchant à la concurrence il est logique de continuer l'analyse avec les normes contenues dans les accords de l'OMC. Les normes du

⁵⁸⁴ Report of the GATT Panel, *“EEC – Payments and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseeds and Related Animal-Feed Proteins”*, BISD, 37th Supp. 86, 130, p. 150, 1991.

⁵⁸⁵ Kevin KENNEDY, *Competition law and the World Trade Organization. The limits of multilateralism*, op.cit., pp.136-137.

⁵⁸⁶ Ibidem. p.137.

⁵⁸⁷ Ibidem.

droit de l'OMC visées à règles la concurrence et adoptées dans le cadre de l'Accord de Marrakech sont nommées dans le tableau au-dessous.

Figure 2.

Les accords	Les articles
l'accord sur les ADPIC	article 40
l'Accord général sur le commerce des services	articles VI, VIII, IX, XVI et XXIX (le Quatrième protocole annexe à l'Accord général sur le commerce des services (l'Accord basique sur les télécommunications et l'annexe à ledit protocole («Document de référence» (« Reference paper »)))
Accord sur les marchés publics	article I, paragraphe 4 de l'article VI, paragraphe 2 de l'article VII, paragraphe 1 de l'article X, paragraphe 1 de l'article XV, paragraphe 1 de l'article XVII, article XVIII, paragraphes 2 et 4 de l'article XIX
Accord sur MIC	paragraphe 5 de l'article 5, article 9
Accord sur l'aviation	paragraphe 3 de l'article 4, paragraphe 2 de l'article 5

a). Accord sur les ADPIC

96.2.1. Dès qu'on parle des normes spéciales du droit de la concurrence dans le cadre de l'OMC, on pense à l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). L'accord sur les ADPIC, qui contient les articles visés spécialement à régler la concurrence sur les marchés concernés, était déjà quelquefois un objet d'examen de la Cour de Justice à propos de la conformité du droit européen de la concurrence aux exigences du droit de l'OMC. Néanmoins, ce n'est pas un seul l'accord de l'OMC qui contient les règles du droit de la concurrence. Ainsi, il semble utile de classer toutes ces règles même s'ils n'étaient jamais examinés par la Cour de Justice mais qui

peuvent être probablement invoqué dans le futur. Les règles de la concurrence prévues par l'accord sur les ADPIC seront analysées les premières comme ses dispositions ont été déjà invoquées plusieurs fois devant la Cour.

L'accord sur les ADPIC est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995 et à ce jour représente l'accord multilatéral le plus complet en matière de propriété intellectuelle.⁵⁸⁸ L'article qui nous intéresse le plus du accord c'est l'article 40 (voir l'Annexe 4). Ainsi, l'article 40 paragraphe 1 de l'Accord sur les ADPIC reconnaît que certaines pratiques ou conditions en matière de concession de licences touchant aux droits de propriété intellectuelle qui limitent la concurrence peuvent avoir des effets préjudiciables sur les échanges et entraver le transfert et la diffusion de technologie. Le paragraphe 2 du même article prévoit que les pays Membres peuvent adopter, en conformité avec les autres dispositions de l'Accord, des mesures appropriées pour prévenir ou contrôler les pratiques en matière de concession de licences touchant aux droits de propriété intellectuelle qui constituent un usage abusif et sont anticoncurrentielles.⁵⁸⁹

L'Accord prévoit aussi un mécanisme qui permet à un pays désireux de prendre des mesures contre telles pratiques, lorsqu'elles impliquent des sociétés d'un autre pays Membre, d'engager des consultations avec cet autre Membre et d'échanger des renseignements non confidentiels à la disposition du public qui présentent un intérêt en l'espèce et d'autres renseignements dont il dispose, sous réserve de la législation intérieure et de la conclusion d'accords mutuellement satisfaisants concernant le respect du caractère confidentiel de ces renseignements par le Membre qui a présenté la demande (article 40 paragraphe 3). De même, un pays dont les sociétés font l'objet de procédures similaires dans un autre Membre peut engager des consultations avec cet autre Membre, selon le paragraphe 4 de l'article 40.⁵⁹⁰ Toutefois, cet article n'est pas le seul qui peut être invoqué dans la dispute sur le droit de la concurrence dans le cas de la protection de la propriété intellectuelle (voir *infra* arrêt *Microsoft*, voir paragraphe 91 et s.).

b). Accord sur les marchés publics

⁵⁸⁸ Accord sur les ADPIC: Aperçu, http://www.wto.org/French/tratop_f/trips_f/intel2_f.htm

⁵⁸⁹ Ibidem.

⁵⁹⁰ Ibidem.

96.2.2. L'Accord sur les marchés publics⁵⁹¹ (ci-après - Accord sur MP) a été signé à Marrakech le 15 avril 1994 et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1996. L'accord sur MP est l'un des accords plurilatéraux figurant dans l'annexe 4 de l'Accord instituant l'OMC, ce qui signifie que les Membres de l'OMC ne sont pas tous liés par celui-ci.⁵⁹²

Plusieurs articles de l'Accord sur MP contiennent les règles du droit de la concurrence applicables aux entités visées par cet Accord. Selon l'article premier de l'Accord sur MP tel accord « *s'applique à toute loi, tout règlement, ainsi qu'à toute procédure ou pratique concernant tout marché passé par les entités visées par le présent accord, telles qu'elles spécifiées à l'Appendice I* ».

Pour chaque Partie à l'Accord l'Appendice I est divisé en cinq Annexes : l'Annexe 1 contient la liste des entités du gouvernement central ; l'Annexe 2 contient la liste des entités des gouvernements sous-centraux ; l'Annexe 3 contient la liste de toutes les autres entités qui passent des marchés conformément aux dispositions du présent accord ; l'Annexe 4 spécifie les services, que la liste en soit positive ou négative, qui sont visés par le présent accord ; l'Annexe 5 spécifie les services de construction visés⁵⁹³.

Un des articles qui nous intéressent est l'article VI consacré aux spécifications techniques. Plus précisément nous sommes intéressés par le paragraphe 4 dudit article. Néanmoins, avant de commencer l'analyse de cette norme il est nécessaire d'expliquer les termes utilisés dans l'accord examiné.

Le paragraphe 4 de l'article VI parle d'avis pouvant être utilisé pour l'établissement des spécifications relatives à un marché déterminé. Il faut préciser de quel avis il s'agit dans cette disposition de l'accord analysé.

On trouve la réponse dans l'article IX sur « *L'invitation à soumissionner pour des marchés envisagés* ». Dans le contexte de l'Accord sur MP, les dispositions de l'accord visent aussi à « *garantir que l'accès aux marchés visés soit ouvert et que les fournisseurs et les fournisseurs nationaux et étrangers aient des possibilités égales d'entrer en concurrence pour des marchés publics* ». ⁵⁹⁴

Avant le processus de soumissionnement effectif, les parties de l'Accord sur MP « sont tenues de faire paraître une invitation à soumissionner sous la forme d'un *avis d'appel*

⁵⁹¹ Accord sur les marchés publics. 14 avril 1994.

⁵⁹² http://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gpa_overview_f.htm, 06.10.2010.

⁵⁹³ Ibidem. Art.1.

⁵⁹⁴ http://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gpa_overview_f.htm, 06.10.2010.

*d'offres*⁵⁹⁵ dans une publication accessible au public indiquée à l'Appendice II de l'Accord. L'objet de cette mesure est d'informer tous les fournisseurs intéressés de la possibilité de passer un marché et des aspects pertinents du marché concerné. Les entités au niveau des gouvernements centraux figurant à l'annexe 1 sont tenues d'utiliser un avis de projet de marché, tandis que les autres entités figurant aux annexes 2 et 3 peuvent, sous certaines circonstances, utiliser un avis de marché programmé ou un avis concernant un système de qualification pour remplir les conditions de l'avis d'appel d'offres (article IX: 3, 7, 9) ». ⁵⁹⁶

Ainsi, le paragraphe 4 de l'article IV de l'Accord prévoit qu'un avis, de la part d'une société qui pourrait avoir un intérêt commercial dans le marché déterminé, lequel peut être utilisé pour l'établissement des spécifications relatives au marché, ne sera pas sollicité ou accepté par les entités publiques (voir l'Annexes 1, 2, 3 de l'Accord sur MP) d'une manière qui aurait *pour effet d'empêcher la concurrence*.⁵⁹⁷

L'article suivant qui attire l'intérêt est l'article VII paragraphe 2 spécifiant que les entités ne doivent donner à un fournisseur l'information concernant un marché déterminé si une telle action a pour effet d'empêcher la concurrence.

À la suite, l'article X, sur les procédures de sélection de fournisseurs, dans son paragraphe 1 prévoit qu'en vue de garantir une concurrence internationale effective optimale dans le cas des procédures d'appel d'offres sélectives, les entités, pour chaque marché envisagé, doivent inviter à soumissionner le plus grand nombre de fournisseurs nationaux et de fournisseurs des autres Parties, compatible avec le fonctionnement efficace du mécanisme de passation des marchés. Elles doivent sélectionner d'une façon loyale et non discriminatoire les fournisseurs admis à participer à ces procédures.

L'article XV consacré à l'appel d'offres limité contient la liste des circonstances (voir Annexe 1 de la thèse) selon lesquelles les dispositions des articles VII à XIV, qui s'appliquent aux procédures d'appel d'offres ouvertes ou sélectives, ne seront pas nécessairement applicables, à la seule condition – que l'appel d'offres limité ne soit pas utilisé en vue de ramener la concurrence en deçà du maximum possible, ou d'une manière qui constituerait un moyen de discrimination entre les fournisseurs des autres Parties à l'Accord ou de protection des producteurs ou des fournisseurs nationaux.

⁵⁹⁵ Les italiques sont à moi.

⁵⁹⁶ http://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gpa_overview_f.htm, 06.10.2010.

⁵⁹⁷ Les italiques sont à moi.

L'article XVII paragraphe 1 précise que chaque Partie à l'Accord doit encourager les entités à indiquer les modalités et conditions, y compris toute différence par rapport aux procédures d'appel d'offres *avec mise en concurrence*⁵⁹⁸, suivant lesquelles des soumissions seront admises de la part de fournisseur situés dans des pays qui ne sont pas Parties à l'Accord sur MP mais qui, dans tous les cas, doivent donner les spécifications techniques (discutées auparavant), font paraître les avis de marchés (voir l'article IX), doivent éviter les situations dans lesquelles leurs règlements concernant la passation des marchés ne soient pas modifiés au cours de telle passation, en vue de rendre absolument transparent les adjudications de marchés.

L'article XVIII sur « *L'information et examen concernant les obligations des entités* », dans son paragraphe 4 stipule que les entités pourront décider que certains renseignements concernant l'adjudication du marché (prévu par les paragraphes 1 et 2 (c) de ledit article – voir Annexe I de la thèse) ne seront pas communiqués dans le cas où leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait autrement contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées, ou *pourrait nuire à une concurrence loyale entre fournisseurs*.⁵⁹⁹ Ainsi, au cas où les entités décident que certains renseignements demandés par cet article pourraient nuire à une concurrence loyale entre fournisseurs, les entités ne communiqueront pas une telle information.

L'article suivant qui touche au sujet de la présente recherche, c'est l'article XIX paragraphe 2 sur « *L'information et examen concernant les obligations des Parties* » à l'Accord sur MP spécifie que le gouvernement d'un soumissionnaire non retenu qui est Partie à l'Accord examiné peut demander des renseignements nécessaires sur la passation du marché en vue d'assurer qu'elle a été effectuée dans des conditions d'équité et d'impartialité. Un tel renseignement peut être divulgué par le gouvernement du soumissionnaire non retenu à condition qu'il use de ce droit avec discrétion. Néanmoins, si la divulgation de l'information est de nature à nuire à la concurrence lors d'appel d'offres ultérieures, ce renseignement ne sera divulgué qu'après consultation et avec l'accord de la Partie qui l'aura communiqué au gouvernement du soumissionnaire non retenu. Le paragraphe 4 du même article précise que ne peuvent pas être divulgués les renseignements confidentiels fournis à une Partie à l'Accord, dont la divulgation pourrait nuire à une

⁵⁹⁸ Les italiques sont à moi.

⁵⁹⁹ Les italiques sont à moi.

concurrence loyale entre fournisseurs, sans l'autorisation formelle de la Partie qui les aura fournis.

Ainsi, on observe que l'Accord sur MP consacrait beaucoup d'attention à la régulation et la protection de la concurrence sur les marchés spécifiques et ces articles peuvent être utilisés plus souvent dans le futur.

c). Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce

96.2.3. L'autre accord dans le cadre de l'OMC qui contient des règles touchant au droit de la concurrence est l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (ci-après l'Accord sur les MIC). Cet Accord a été signé en vue de « *promouvoir l'expansion et la libéralisation progressive du commerce mondial et de faciliter les investissements à travers les frontières internationales (...) tout en assurant la libre concurrence* ».

L'article qui nous intéresse est l'article 5 paragraphe 5 sur la période de transition⁶⁰⁰ à l'Accord sur MIC en prévoyant qu'un Membre à l'Accord, afin de ne pas désavantager des entreprises établies qui font l'objet d'une MIC, peut appliquer pendant la période de transition la même MIC à un nouvel investissement dans le cas où cela est nécessaire pour éviter de fausser les conditions de concurrence entre le nouvel investissement et les entreprises établies.

Selon l'article 9 de l'accord en question, au plus tard cinq ans après la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC, l'Accord sur les MIC doit être examiné par le Conseil du commerce de marchandises qui peut proposer à la Conférence ministérielle des amendements relatives à la politique en matière d'investissement et la politique en matière de concurrence au texte dudit accord. L'Accord sur l'OMC est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995, jusqu'à présent l'Accord sur les MIC n'a pas été changé.

Il est évident que les questions d'investissement et de la concurrence sont traitées ensembles, et que la politique de la concurrence est liée étroitement à la politique d'investissement. Encore une fois on remarque la nécessité de traiter les questions du droit de la concurrence au sein de l'OMC, le commerce provoque la concurrence, et la

⁶⁰⁰ Concernant la période de transition – voir l'article 5 de ledit accord.

concurrence protège le commerce – ce sont deux matières inséparables ayant besoin d’être traitées ensembles. Néanmoins, malgré ce besoin reconnu par certains membres de l’OMC il n’existe pas de normes plus précises réglant la concurrence dans le cadre de l’OMC.

d). L’Accord général sur le commerce des services

96.2.4. L’article VIII de l’Accord général sur le commerce des services (ci-après AGCS) est consacré aux monopoles et fournisseurs exclusifs de services. Comme les dispositions similaires de différents accords de l’OMC, elle interdit l’abus de pouvoir monopolistique si les monopoles sont permis par la législation d’État membre.

L’article IX de AGCS sur « *Les pratiques commerciales* » prévoit que les Membres de ledit Accord reconnaissent que certaines pratiques commerciales des fournisseurs de service, autres que celles-ci de monopoles et fournisseurs exclusifs (article VIII), peuvent limiter la concurrence et par là restreindre le commerce des services. Ainsi, chaque Membre à AGCS se prêtera, à la demande de l’autre Membre, à des consultations en vue d’éliminer telles pratiques.

L’autre article touchant à la concurrence, c’est l’article XVI analysant les détails de l’accès aux marchés en attirant attention surtout aux monopoles et aux fournisseurs exclusifs de service. Pour certains États membres, surtout les pays en voie de développement, les monopoles jouent encore un rôle important sur les marchés différents, ainsi, si ce n’est pas possible d’éliminer tel type d’entreprises, opposé de manière général aux principes du droit de la concurrence, les accords de l’OMC prévoient les dispositions visées à régler le problème de monopoles pour qu’ils s’intègrent au marché de manière la plus cohérente en accord avec le droit de la concurrence.

e). Quatrième protocole annexe à l’Accord général sur le commerce des services (l’Accord basique sur les télécommunications et l’annexe à ledit protocole (« Papier de référence » (« Reference paper »)⁶⁰¹)

⁶⁰¹ Negotiating Group on Basic Telecommunications, WTO Reference Paper on Basic Telecommunications, 24 April 1996.

96.2.5. Selon Philip Marsden, le *Reference Paper* - est l'engagement commercial touchant à la concurrence le plus important dans le cadre de l'OMC. C'est le document le plus détaillé par rapport à toutes les autres règles obligatoires sur la concurrence d'accords multilatéraux.⁶⁰² L'approche prévue par le *Reference Paper* est d'une part la politique de la concurrence et de l'autre la régulation. Il protège la concurrence en demandant aux gouvernements d'interdire aux fournisseurs majeurs d'engager des pratiques anticoncurrentielles qui empêchent l'entrée au marché. En vue de promouvoir la concurrence, il exige que les fournisseurs majeurs donnent la possibilité aux autres compagnies d'utiliser leurs réseaux de télécommunications selon les termes et conditions non-discriminatoires en temps opportun et à la demande (article 2.2.).⁶⁰³

Le *Reference Paper* a été déjà appliqué dans l'affaire Mexican Telecoms (ci-après « Telmex »)⁶⁰⁴. Suite à un conflit entre les compagnies de télécommunications mexicaine et américaine, les États-Unis demandaient de donner un accès non-discriminatoire aux réseaux de télécommunications mexicaines (ceux-ci de « Telmex ») pour les entreprises américaines sur la base du *Reference Paper*.⁶⁰⁵ Cette affaire sera analysée de manière approfondie dans la partie du chapitre consacrée à la « jurisprudence » de l'OMC.

Comme la plupart de dispositions du *Reference Paper* ont été laissés sans définitions par les négociateurs, l'Organe de règlement de différends de l'OMC a joué un rôle crucial en clarifiant et en interprétant ces engagements.⁶⁰⁶ Le Panel de « Telmex » a proposé sa compréhension concernant les termes comme « fournisseur principal », « pratiques anticoncurrentielles », et sur la question essentielle : est-ce que le comportement mandaté par le gouvernement peut se voir opposer les interdictions prévues par le *Reference Paper* ?⁶⁰⁷

Un fournisseur principal, selon le *Reference Paper*, est un fournisseur qui a la capacité d'influer de manière importante sur les modalités de la participation (en ce qui concerne le prix et l'offre) sur un marché donné de services de télécommunications de base par suite: a)

⁶⁰² Philip MARSDEN, *WTO decides its first competition case, with disappointing results*, Competition Law Insight, London, 2004, p.4.

⁶⁰³ D.G. GOYDER, *EC Competition Law*, Oxford University Press, NY, 2003. p.517.

⁶⁰⁴ *Mexico – Measures Affecting Telecommunication Services – Request for Consultation by the United States*, WT/DS204/2 (17 August 2000).

⁶⁰⁵ Ibidem.

⁶⁰⁶ Philip MARSDEN, *WTO decides its first competition case...*, op.cit. p.4.

⁶⁰⁷ Ibidem. p.4.

du contrôle qu'il exerce sur des installations essentielles; ou b) de l'utilisation de sa position sur le marché.

Le *Reference Paper* propose une liste non-exhaustive d'exemples de « **pratiques anticoncurrentielles** » comme suit : a) un subventionnement croisé anticoncurrentiel, b) l'utilisation des renseignements obtenus auprès de concurrents d'une manière qui donne des résultats anticoncurrentiels, et c) le refus de mettre à la disposition des autres fournisseurs de services en temps opportun les renseignements techniques sur les installations essentielles et les renseignements commercialement pertinents qui leur sont nécessaires pour fournir des services (point 1.2). Le Panel ne pouvait commencer autrement qu'en relevant que « le terme « les pratiques anticoncurrentielles » n'est pas défini dans le *Reference Paper* et les pratiques mentionnées sont juste les exemples. Par contre le Panel s'est adressé aux guides que les autres panels ont trouvés indispensables – les dictionnaires *Merriam-Webster* et *Shorter Oxford*.⁶⁰⁸

Après avoir défini avec l'aide de dictionnaires les notions de mots « pratiques », « concurrence », et « anticoncurrentiel », le Panel a examiné les exemples de pratiques anticoncurrentielles nommées par le *Reference Paper* et fait la conclusion que « *elles illustrent certaines pratiques qui sont considérées particulièrement pertinentes dans le secteur de télécommunications* ». Le subventionnement croisé anticoncurrentiel, l'abus de l'information obtenue auprès de concurrents, la rétention de l'information pertinente – ce sont les actions que le fournisseur principal peut réaliser de son propre chef, mais il faut aussi prendre en considération que « *tel fournisseur peut être composé de compagnies différentes* ». Ainsi, le Panel a suggéré que la coordination horizontale de fournisseurs peut être pertinente.⁶⁰⁹ Finalement, le Panel a décidé que les pratiques anticoncurrentielles interdites par le *Reference Paper*, outre les pratiques mentionnées déjà dans le texte, incluent aussi la fixation de prix et les accords de division de marchés entre les fournisseurs sur le niveau national et international.⁶¹⁰

Une des questions essentielles analysées dans cette affaire était : *est-ce que les actions exigées par la loi d'un État membre de l'OMC peuvent constituer des « pratiques anticoncurrentielles » ?* La réponse était positive. Selon le Panel les actions exigées par les

⁶⁰⁸ Ibidem. p.5.

⁶⁰⁹ Ibidem. p.6.

⁶¹⁰ Ibidem. p.6.

États peuvent constituer les pratiques anticoncurrentielles et peuvent être interdites par les règles de l'OMC.

Suite à cet affaire fameuse, quelques années plus tard, le 17 janvier 2005, la Communication des CE et de leurs États membres concernant de services de poste/ de courrier a été présentée devant le Conseil du commerce des services (TN/S/W/26, 05-0187) en proposant les préventions des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur des services de poste et de courrier en basant sur le *Reference paper*.

f). L'Accord relatif au commerce des aéronefs civils

96.2.6. L'Accord relatif au commerce des aéronefs civils (ci-après ACAC) a visé aussi à régler et protéger la concurrence dans ce secteur particulier. Dans le préambule de cet Accord étaient mentionnés parmi les buts les désirs « *d'assurer des possibilités de concurrence équitables et égales à l'aéronautique civile ainsi qu'aux producteurs afin que ces derniers puissent participer à l'expansion du marché mondial des aéronefs civils* » et « *de voir l'aéronautique civile travailler sur la base de la concurrence commerciale* ».

L'article 4, paragraphe 3 de l'Accord prévoit que l'achat des produits visés par l'ACAC ne devrait être régi que par des considérations de concurrence en matière de prix, de qualité et de délais de livraison.

Selon paragraphe 2 de l'article 5 de ledit Accord aucune restriction quantitative ni système de licences d'exportations, ni autre prescription similaire, qui restreindrait, pour des raisons de commerce ou de concurrence, l'exportation d'aéronefs civils à destinations d'autres signataires de l'ACAC ne peuvent être appliqués d'une manière incompatible avec les dispositions applicables de l'Accord général.

Le fait que l'accord sur les aéronefs civils traite les questions du droit de la concurrence confirme encore une fois la nécessité de règles concurrentielles dans le cadre de l'OMC.

Conclusion.

97. Tous les accords mentionnés au-dessus ont des articles spéciaux qui contiennent les règles touchant au du droit de la concurrence tandis que les accords en soi ne sont pas

visés à régler la concurrence sur le marché mondial. Néanmoins, la question de droit de la concurrence est soulevée chaque fois dès qu'on parle du commerce international. Au regard de l'existence de plusieurs normes concurrentielles dans les accords GATT-OMC il nous semble qu'il est impossible d'exclure le droit de la concurrence du cadre de l'OMC, puisque c'est la partie naturelle de l'activité de cette organisation mondiale. Toutes les tentatives d'éviter l'adoption d'un droit international de la concurrence dans le cadre de l'OMC sont artificielles et ne correspondent pas aux besoins du marché.

§ 2. La place des normes du droit de l'OMC touchant à la concurrence dans l'ordre juridique européen.

98. Ainsi, après avoir présenté toutes les normes pertinentes des accords GATT-OMC il nécessaire de comprendre quelle est leur place dans l'ordre juridique européen. La réponse à cette question peut donner surtout l'analyse de la jurisprudence européenne.

I. Microsoft.

98.1. La première affaire, qui à notre connaissance, a invoqué le droit de l'OMC en tant que droit en conflit avec le droit européen de la concurrence et pouvant ainsi libérer les entreprises de l'exécution inconditionnelle de ce dernier a été l'affaire *Microsoft*. Afin d'avoir une image claire de l'affaire Microsoft il semble utile de décrire d'une manière très brève tous les étapes du processus qui a continué pendant des années sur deux continents.

Le 18 mars 2004 la Commission a présenté le rapport final sur l'affaire Microsoft (COMP/C-3/37.792) (JO 2007, L 32, p.23). Ensuite, le 26 juillet 2004, le Tribunal a prononcé une ordonnance⁶¹¹ sur l'intervention en permettant à plusieurs compagnies éditrices de logiciels concernées d'intervenir dans l'affaire. Le 22 décembre 2004, le Tribunal prononce une autre ordonnance⁶¹² concernant la demande de sursis à l'exécution de l'article 4, de l'article 5, sous a) à c), et de l'article 6, sous a), de la décision C(2004) 900 final de la Commission, du 24 mars 2004, relative à une procédure d'application de l'article 82 TCE

⁶¹¹ Ordonnance du président du TPI, 28.07.2004, *Microsoft Corp. contre Commission des CE*, T-201/04 R, Rec. 2004 p. II-02977.

⁶¹² Ordonnance du président du TPI, 22.12.2004, *Microsoft Corp. contre Commission des CE*, T-201/04 R, Rec. 2004 p. II-04463.

(COMP/C-3/37.792). La demande a été rejetée. Cette décision est vue plutôt comme une décision intermédiaire, néanmoins, on trouve déjà ici les références à l'accord sur les ADPIC.

Le 17 septembre 2007 le Tribunal prononce un arrêt⁶¹³, peut-être le plus commenté dans le monde, sur la demande de Microsoft d'annulation de la décision de la Commission 2007/53/CE, du 24 mars 2004, relative à une procédure d'application de l'article 82 TCE et de l'article 54 de l'accord EEE (COMP/C-3/37.792).

Une des caractéristiques uniques de l'arrêt *Microsoft* est que, à notre connaissance, c'est la première fois que l'accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce était invoqué dans une affaire de droit de la concurrence examinée par la juridiction communautaire⁶¹⁴. Microsoft reprochait à la Commission d'avoir interprété l'article 82 TCE (article 102 TFUE) d'une manière non conforme à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC relatif aux limitations et exceptions au droit d'auteur prévoyant que « *Les Membres restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit* ». ⁶¹⁵

Du côté de Microsoft on prétend que la décision de la Commission interprète de manière non conforme l'accord sur les ADPIC. Le TPI affirme quant à lui que le droit à la propriété intellectuelle n'est pas absolu et rappelle que le droit communautaire a primauté sur les règles de l'OMC.⁶¹⁶ Microsoft fondait son argumentation sur le point 52 de l'arrêt *Commission c/ Allemagne*⁶¹⁷ dans lequel la Cour aurait précisé que le droit communautaire, y compris l'article 82 CE, devait être interprété à la lumière des accords internationaux contraignants, tels que l'accord sur les ADPIC.⁶¹⁸

Le Tribunal rejette néanmoins un tel argument. Selon lui, le principe d'interprétation conforme évoqué par la Cour ne s'applique que dans l'hypothèse où l'accord international en cause a primauté sur le texte de droit communautaire concerné, tandis que l'accord sur

⁶¹³ TPI, 17.09.2007, *Microsoft Corp. Contre Commission des CE*, T-201/04, Rec. 2007 page II-03601. S'il n'y a pas des indications spécifiques l'arrêt analysé dans cette partie de la chapitre et ceci de 2007.

⁶¹⁴ Les points consacrés à l'accord APDIC et au droit européen de la concurrence : pp. 101; 777-813; 1168 – 1193.

⁶¹⁵ Pierre ARHEL, *L'affaire Microsoft (À propos de la décision du TPICE du 17 septembre 2007)*, Petites affiches, 21 novembre 2007 n° 233, P.3.

⁶¹⁶ M.-Ch. MORIN, *La saga européenne de Microsoft*, Centre d'Études sur l'Intégration et la Mondialisation, Notes de synthèse, Janvier 2010. http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/MorinMC_MicrosoftUE.pdf

⁶¹⁷ CJCE, 10.09.1996, *Commission des CE contre Allemagne*, Aff. C-61/94, Rec. 1996 p. I3989.

⁶¹⁸ Pierre ARHEL, *L'affaire Microsoft (À propos de la décision du TPICE du 17 septembre 2007)*, op.cit.

les ADPIC n'a pas primauté sur le droit communautaire primaire ; ainsi, ce principe ne pourrait pas être appliqué lorsque, comme en l'espèce, la disposition prétendument sujette à l'interprétation est l'article 82 TCE.⁶¹⁹

Comme on a pu le constater après avoir analysé la jurisprudence concernée, compte tenu de leur nature et de leur économie, les accords de l'OMC ne figurent pas en principe parmi les normes au regard desquelles le juge communautaire contrôle la légalité des actes des institutions communautaires.⁶²⁰ Ce n'est que dans l'hypothèse où la Communauté a affaire à une obligation particulière assumée dans le cadre de l'OMC ou dans le cas où l'acte communautaire renvoie expressément à des dispositions précises des accords OMC qu'il appartient au juge communautaire de contrôler la légalité de l'acte communautaire en cause au regard des règles de l'OMC (point 802).

Il faut préciser d'abord que la Cour de Justice et le Tribunal se considèrent compétentes pour interpréter une disposition de l'accord sur les ADPIC dans le but de répondre aux besoins des autorités judiciaires des États membres lorsque celles-ci sont appelées à appliquer leurs règles nationales en vue d'ordonner des mesures pour la protection des droits découlant d'une législation communautaire relevant du champ d'application de cet accord. Dès lors que la Communauté est partie à l'accord sur les ADPIC, elle est tenue d'interpréter sa législation dans la mesure du possible, à la lumière du texte et de la finalité de cet accord.⁶²¹

Le Tribunal observe premièrement que « *Rien dans les dispositions de l'accord sur les ADPIC ne s'oppose à ce que les autorités de la concurrence des membres de l'OMC ordonnent des mesures correctives qui limitent ou réglementent l'exploitation de droits de propriété intellectuelle détenus par une entreprise en position dominante lorsque celle-ci exerce ces droits d'une manière anticoncurrentielle* » (points 801-802, 1189-1190, 1192). Cette affirmation ne présente aucune surprise, mais elle présente l'intérêt d'avoir été faite formellement dans le cadre d'un arrêt d'une entité membre de l'OMC.⁶²²

L'interprétation de l'article 40-2 de l'accord sur les ADPIC est encore plus intéressante. Ce texte dispose qu'« *Aucune disposition du présent accord n'empêchera les membres de spécifier dans leur législation les pratiques ou conditions en matière de concession de licences*

⁶¹⁹ Ibidem.

⁶²⁰ Ibidem.

⁶²¹ Ibidem.

⁶²² Ibidem.

*qui pourront, dans des cas particuliers, constituer un usage abusif de droits de propriété intellectuelle ayant un effet préjudiciable sur la concurrence sur le marché considéré. Comme il est prévu ci-dessus, un membre pourra adopter, en conformité avec les autres dispositions du présent accord, des mesures appropriées pour prévenir ou contrôler ces pratiques, qui peuvent comprendre, par exemple, des clauses de rétrocession exclusives, des conditions empêchant la contestation de la validité et un régime coercitif de licences groupées, à la lumière des lois et réglementations pertinentes dudit membre ».*⁶²³

Selon le Tribunal, il ressort expressément de cette disposition que les membres de l'OMC ont le droit de réglementer l'usage abusif de tels droits afin d'éviter des effets préjudiciables sur la concurrence. Cette observation n'est pas non plus étonnante. Cependant, c'est la première fois qu'une autorité de concurrence laisse clairement entendre qu'une vente liée au sens des textes qui interdisent les abus de position dominante fait partie des pratiques visées à l'article 40-2.⁶²⁴

II. La flexibilité des normes de l'ADPIC sur la concurrence. L'interprétation du TPI.

98.2. En analysant l'arrêt Microsoft il faut prendre en compte l'autre caractéristique de l'accord sur les ADPIC – à savoir la flexibilité de ses normes réglant la concurrence.⁶²⁵ À notre connaissance, dans cet arrêt le Tribunal pour la première fois invoque la flexibilité de normes de l'accord sur les ADPIC sur la concurrence en vue de justifier l'exécution du droit domestique de la concurrence (droit européen) dans la question de transfert de la technologie.⁶²⁶

Bien que le Tribunal dans ce cas n'ait pas accepté l'effet direct de l'accord sur les ADPIC (voir ci-dessus), le Tribunal a reconnu le droit du Membre de l'OMC de faire leurs propres

⁶²³ Ibidem.

⁶²⁴ Ibidem.

⁶²⁵ Voir les recherches du Dr. T.T. NGUYEN et du Prof. Dr. H. H. LIDGARD: T.T. NGUYEN, *Competition Law in Technology Transfer under the TRIPS Agreement: Implications for Developing Countries*, Faculty of Law, Lund University, Doctoral Dissertation, Lund University, 2009; T.T. NGUYEN, H. H. LIDGARD, *WTO Competition Law Revisited: From TRIPS Competition Flexibilities and Singapore Issues to the WTO Agenda of a Post-Doha Round*, Faculty of Law, Lund University, Legal Research Paper 2009:51 ; etc.

⁶²⁶ T.T. NGUYEN, H. H. LIDGARD, *WTO Competition Law Revisited: From TRIPS Competition Flexibilities and Singapore Issues to the WTO Agenda of a Post-Doha Round*, Faculty of Law, Lund University, Legal Research Paper 2009:51, <http://ssrn.com/abstract=1455366> .

interprétations en disant que⁶²⁷: « En tout état de cause, rien dans les dispositions de l'accord ADPIC ne s'oppose à ce que les autorités de la concurrence des membres de l'OMC ordonnent des mesures correctives qui limitent ou règlementent l'exploitation de droits de propriété intellectuelle détenus par une entreprise en position dominante lorsque celle-ci exerce ces droits d'une manière anticoncurrentielle. Ainsi, comme le relève à juste titre la Commission, il ressort expressément de l'article 40, paragraphe 2, de l'accord sur les ADPIC que les membres de l'OMC ont le droit de réglementer l'usage abusif de tels droits afin d'éviter des effets préjudiciables sur la concurrence »⁶²⁸.

On pourrait faire valoir que l'invocation par le Tribunal des flexibilités de l'accord sur les ADPIC peut encourager les autorités de la concurrence dans les pays en voie de développement à adopter et appliquer le droit national de la concurrence concernant le domaine du transfert de la technologie d'une manière approprié mais étendue. Une application raisonnable permettra aux pays en développement à profiter de telles flexibilités pour servir leurs objectifs de développement et de protéger leurs consommateurs.

III. Les autres références dans la jurisprudence européenne sur le droit de l'OMC.

98.3. La présente recherche a permis de découvrir un arrêt du Tribunal très intéressant pour le sujet analysé. Cet arrêt consacré au droit fiscal (mais qui fait, néanmoins référence aux normes du droit de l'OMC) est l'arrêt du Tribunal *Nan Ya Plastics*⁶²⁹ stipulant qu' « en effet, du fait de l'absence de jurisprudence communautaire, les requérantes auraient été obligées de raisonner par analogie avec le droit de la concurrence et le droit antidumping concernant les droits de la défense et l'étendue des pouvoirs d'enquête de la Commission et avec les droits des États-Unis et de l'organisation mondiale du commerce (OMC) concernant l'application de la condition relative à la spécificité au sens de l'article 3 du règlement n° 2026/97. À cet égard, l'application de la condition relative à la spécificité dans les affaires en cause aurait requis l'analyse de données économiques et juridiques complexes » (point 13).

⁶²⁷ T.T. NGUYEN, H. H. LIDGARD, *WTO Competition Law Revisited: From TRIPS Competition Flexibilities and Singapore Issues to the WTO Agenda of a Post-Doha Round*, Faculty of Law, Lund University, Legal Research Paper 2009:51, <http://ssrn.com/abstract=1455366>.

⁶²⁸ Para.1192.

⁶²⁹ TPI, 6.03.2003, *Nan Ya Plastics Corporation et Far Eastern Textiles Ltd c/ Conseil*, T-226/00 DEP et T-227/00 DEP, Rec. 2003 page II-00685.

Les arrêts, qui font référence au droit de l'OMC et au droit de la concurrence simultanément, examinant en même temps les questions différentes sont plutôt rares. À notre connaissance l'arrêt *Nan Ya Plastics* est le seul arrêt européen qui réfère directement au droit de l'OMC et au droit de la concurrence, sans avoir précisé de quel droit de la concurrence s'agit-il – européen ou « international », en vue de résoudre le problème du droit par analogie. On constate encore une fois que, dans la mesure où les questions issues du droit de la concurrence pénètrent tous les domaines du commerce et les questions liées au commerce, il est impossible d'exclure le droit de la concurrence de droit de l'OMC.

Section 3. Les décisions prises au sein de l'OMC et le droit européen.

99. Un des exemples les plus connus de décision de l'ORD consacrées à la résolution de disputes issues de l'application de règles de la concurrence de droit de l'OMC est la décision *Kodak*.⁶³⁰ On ne trouve pas dans cette décision de références au droit européen, néanmoins, comme l'UE était une des tiers parties (avec le Mexique) de cette dispute, on trouve dans la section VIII (A) ses arguments.

99.1. L'analyse de l'affaire *Kodak* a été déjà faite plusieurs fois par plusieurs auteurs⁶³¹, ainsi, une telle analyse ne sera pas répétée dans la présente recherche. Cependant, il paraît utile de présenter ici les résultats et les conclusions essentielles de cette affaire.

L'affaire a commencé en 1996, quand les États-Unis ont entamé des poursuites contre le Japon devant l'OMC. Les mesures en question étaient des actions du gouvernement japonais affectant la distribution, l'offre à la vente, et la vente interne de produits grand public de films et de papier photographiques importés (*consumer photographic film and paper*), particulièrement, les mesures de distribution, les restrictions sur les grands magasins de détail, et sur les mesures de promotion. Les articles de l'accord GATT analysés dans de

⁶³⁰ WTO Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper (31 March 1998) WT/DS44/R (ci-après *Kodak*).

⁶³¹ Voir par exemple: T. C. FINNERTY under the supervision of Dr. Warren J. KEEGAN, *Kodak vs. Fuji : The battle for global market share*, Lubin School of Business, Pace University, NY, 2000. <http://www.pace.edu/emplibrarx/tfinnerty.pdf> (10.01.2010), K. Y. LEE, *The WTO Dispute Settlement and anti-competitive practices: lessons learnt from trade disputes*, Working Paper (L) 10/05, Oxford, Centre for Competition Law and Policy, 2005., etc.

Voir aussi: Congressional Research Service Report 98-442, *The Kodak-Fuji Film Case at the WTO and the Openness of Japan's Film Case at the WTO and the Openness of Japan's Film Market*, Dick. K. Nanto, May 8, 1998. <http://stuff.mit.edu:8001/afs/sipb.mit.edu/contrib/wikileaks-crs/wikileaks-crs-reports/98-442.pdf>, February 2, 2009.

cas échéant étaient les articles XXIII : 1(b) (*non-violation claim*), III : 4 (*national treatment, violation claim*), X : 1 (*publication requirement*). Le Panel de l'OMC a décidé en défaveur des États-Unis.

Ce qu'est intéressant à analyser dans le cadre de la présente discussion, c'est la position de l'UE et ses arguments. Premièrement, il faut dire que l'UE est devenue une tierce partie dans cette affaire à cause du fait que les compagnies européennes ont eu aussi des difficultés à accéder aux chaînes de la distribution pour les produits de films et de papier importés sur le marché du Japon, comme les compagnies américaines, tandis que les entreprises japonaises n'ont pas eu de problèmes similaires sur le marché européen. Ainsi, l'UE a allégué que certaines mesures adoptées par le Japon pouvaient affecter le balance d'opportunités concurrentielles entre les produits de films et de papier importés et les domestiques, ainsi, l'Article III : 4 de GATT pouvait être violé.⁶³²

Deuxièmement, en faisant ses arguments, l'UE a mentionné que certains aspects de cette dispute, tels que la question des effets de la pratique et du comportement anticoncurrentiels, confirmaient la nécessité du cadre international de normes de la concurrence au sein de l'OMC.⁶³³

99.2. Malheureusement, cette affaire initiée par les États-Unis et soutenue par l'UE, qui a montré encore une fois la nécessité urgente de l'accord international sur la concurrence dans le cadre de l'OMC, n'a pas convaincu les États de développer et signer un tel accord. Une affaire plus récente, la première affaire du droit de l'OMC touchant à la concurrence – selon Philip Marsden, a eu trait dans le cas de **Telmex**.⁶³⁴ Le texte de cette décision de l'ORD contient un grand nombre de références directes au droit européen.

La question s'est posée à cause du fait qu'un fournisseur américain de services de télécommunication, « Sprint », est devenu partenaire d'un de plus grand fournisseurs de services de télécommunications au Mexique, « Telmex », en vue de fournir de services de télécom aux États-Unis et au Mexique, tandis que « AT&T » et « MCI » (les autres compagnies américaines) ont dû travailler avec les « joueurs » mexicains moins importants, ainsi, ils ne pouvaient pas bénéficier du réseau de « Telmex », considérablement plus vaste. Ils se sont adressés à l'*US Trade Representative* (Le responsable du commerce) pour que celui-ci les aide à recevoir le type d'accès fourni par « Sprint ». La plainte ultérieure des

⁶³² *Kodak*, p. 130.

⁶³³ *Kodak*, p. 132.

⁶³⁴ *WTO Mexico – Measures Affecting Telecommunication Services* (2 April 2004) WT/DS204/R (ci-après *Telmex*).

États-Unis devant l'OMC a demandé que Telmex soit obligé de donner un accès non-discriminatoire à son réseau pour ces compagnies américaines selon les exigences du *Reference Paper*.⁶³⁵ Après seulement quelques mois de pression à cause des relations tendues avec les États-Unis le régulateur mexicain de télécom COFETEL a publié une série d'« *Asymmetric Regulations for Telmex* » (de « Règlements Asymétriques pour Telmex »). Ces règlements ont obligé « Telmex » à donner l'accès payant à ces concurrents de télécom de longue distance. Les États-Unis allègent, néanmoins, que les mesures du Mexique n'empêchent pas Telmex de continuer ces pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, les États-Unis, après avoir retiré sa plainte suite à la publication de « Règlements Asymétriques pour Telmex », déposent une nouvelle plante devant l'OMC en demandant l'établissement d'un nouveau Panel.⁶³⁶ Les membres du Panel étaient Raymond Tam (Manulife Insurance executive, Hong Kong), Bjorn Wellenius (expert en télécoms auprès de la Banque Mondiale), et, comme président, le professeur Ernst-Ulrich Petersmann.

Le Panel a été d'accord avec les États-Unis sur le fait que le gouvernement mexicain ne s'est pas assuré que « Telmex » a fourni l'interconnexion payante aux fournisseurs étrangers selon les exigences de la section 2.2. du *Reference Paper*, ainsi, cet échec a donné un pouvoir monopolistique à « Telmex » de négocier les tarifs de l'interconnexion que les fournisseurs étrangers ont été obligés à payer à leurs équivalents mexicains en vue de connecter leurs appels téléphoniques au Mexique, ce qui représente une violation de la section 1.1. de *Reference Paper*.⁶³⁷

Cette affaire a révélé les problèmes essentiels du système contemporain de l'OMC non préparé à résoudre les problèmes de droit de la concurrence. Selon Philip Marsden, les Panels ont été requis d'interpréter et clarifier les dispositions dont ils avaient très peu d'expérience. En dépit du fait que les Panels peuvent appeler les experts pour les aider, ils s'adressent aux experts très rarement, comme la plupart parmi eux est trop réticente pour le faire.⁶³⁸

⁶³⁵ Mexico – Measures Affecting Telecommunication Services – Request for Consultations by the United States, WT/DS204/2 (17 August 2000).

⁶³⁶ Daniel G. GOYDER, *EC Competition Law*, Oxford University Press, NY, 2003. p.517.

⁶³⁷ S. SINGH, *The Telmex Dispute at the WTO: Competition Makes a Backdoor Entry*, Briefing Paper, CUTS Centre for Competition, Investment & Economic Regulation, No. 1/2006. p.3-4.

⁶³⁸ Ibidem. p.3.

Aussi, il faut noter, que le Rapport analysé a spécifié que les conclusions faites dans ce cas particulier concernaient seulement cette affaire mexicaine.⁶³⁹ Néanmoins, une telle affirmation du Panel n'est pas très convaincante. Il serait naïf de supposer que la première décision d'un Panel de l'OMC sur la question touchant à la concurrence n'aura aucune influence sur l'approche générale de l'OMC et ses membres.⁶⁴⁰ Quelques experts trouvent aussi que le Panel a été très peu convaincant en termes de l'analyse économique et concurrentielle de l'affaire.⁶⁴¹

Le Panel a adopté une 'interprétation très vaste concernant la question de savoir quelles pratiques sont anticoncurrentielles. Selon une telle interprétation le cartel est le type de pratiques contre lequel les mesures préventives doivent être prévues obligatoirement, tandis qu'une telle exigence n'a été pas mentionnée dans le *Reference Paper*.⁶⁴²

C'est le point de la décision le plus critiqué par Philip Marsden, qui souligne qu'aucun des signataires du *Reference Paper* n'a été d'accord pour que l'interdiction de cartels devienne l'engagement de l'OMC soutenu par le mécanisme de résolution de disputes et par les sanctions. Les cartels ne sont même pas dans la liste des pratiques anticoncurrentielles mentionnée dans le *Reference Paper*. Le fait que les signataires n'ont pas pu trouver un accord sur l'engagement si évident comme l'interdiction de cartels signifie qu'il y a de problèmes fondamentaux.⁶⁴³ Le Panel ne devrait pas imposer aux États membres de l'OMC les engagements non-prévus par les normes du droit de l'OMC ; même si de tels engagement sont nécessaires, un tel mouvement du Panel est contraire aux principes de l'OMC et reflète encore une fois un besoin urgent d'un accord multilatéral sur la concurrence.

Comme on a déjà mentionné, on trouve des références au droit européen et les notions développées par la doctrine européenne partout dans le texte du Rapport du Panel, néanmoins, on ne trouve pas de références spéciales au droit européen de la concurrence. Cependant, on trouve, par exemple, des références à la Directive 97/33/EC réglant l'interconnexion dans le domaine de télécommunications⁶⁴⁴ en vue de définir le terme

⁶³⁹ Ibidem. p.3.

⁶⁴⁰ Philip MARSDEN, *WTO decides its first competition case, with disappointing results*, Competition Law Insight, May 2004, London, p. 7.

⁶⁴¹ Ibidem. p.3.

⁶⁴² Ibidem. p.3.

⁶⁴³ Ibidem. P.8.

⁶⁴⁴ Directive 97/33/EC of the European Parliament and of the Council of 30 June 1997 *on interconnection in Telecommunications with regard to ensuring universal service and interoperability through application of the principles of Open Network Provision (ONP)*, OJ L 199, 26/07/1997 p. 0032 – 0052.

« interconnexion » dans le cadre de cette dispute liée à l'interprétation d'exigences du *Reference Paper* (voir p. 4.13).

Aussi, en cherchant la réponse à la question de savoir si les tarifs d'interconnexion ont été basés sur le prix (*based on cost*), le Mexique a fait référence aux règles européennes du calcul de tarifs. Les États-Unis, de son côté, ont affirmé que le calcul, sur la base de normes de l'UE, fait par le Mexique pour approuver ces tarifs n'était pas correct, et que les tarifs réels proposés par « Telmex » était beaucoup plus élevés que ceux pratiqués dans l'UE (voir p.4.199).

Les États-Unis font référence aux normes du droit européen encore une fois en soutenant leur hypothèse que la loi mexicaine a été basée sur la Directive européenne sur l'interconnexion, ainsi, les termes utilisés par cette loi doivent être interprétés et compris comme ceux de la Directive. Le Mexique n'était pas d'accord avec l'approche américaine, en proposant sa vision de sa loi nationale (voir points 7.160 – 7.188).

Comme l'a bien noté Philip Mardsen, les Panels ont préféré de prendre la route la plus sûre, en s'adressant aux dictionnaires pour définir les mots-clés, lesquels ont été souvent les termes très spéciaux provoquant beaucoup de débats.⁶⁴⁵ Particulièrement, grâce à l'aide des dictionnaires *Merriam-Webster* et *Shorter Oxford Dictionaries*, le Panel a défini la notion de « pratiques anticoncurrentielles » (voir la partie du chapitre consacrée au *Reference Paper*). L'usage de dictionnaires pour définir les notions issues du droit de la concurrence peut être utile, mais il faut prendre en considération la complexité de telles notions qui peuvent être définies seulement dans le contexte économique réel.

Par exemple, la notion de « concurrence » implique certainement le processus de rivalité, mais chaque organe international cherchant la définition de ce terme doit prendre en considération des positions variées dans les parties différentes du monde concernant le degré de cette rivalité et concernant les buts.⁶⁴⁶

Quelques autorités et cours préfèrent l'approche ordo-libérale, qui permet l'intervention gouvernementale en vue d'assurer qu'aucun de concurrents ne devienne trop puissant. Les autres font plus confiance au marché et interfèrent seulement quand le bien-être de consommateurs est réellement en danger. En faisant un tel calcul quelques-uns

⁶⁴⁵ Philip MARSDEN, *WTO decides its first competition case, with disappointing results*, Competition Law Insight, *op.cit.*, p. 7.

⁶⁴⁶ Ibidem.

considèrent l'efficacité, tandis que les autres ne le font pas. Aucune de ces différences n'a été examinée par le Panel de l'affaire « Telmex ».⁶⁴⁷

Comme le Panel a trouvé que le *Reference Paper* avait prévu l'interdiction de cartels, tandis que ce n'était pas mentionné dans le texte, les autres Panels peuvent-ils ajouter aussi les engagements concernant les fusions, par exemple ?⁶⁴⁸ Aussi, comme les conclusions faites dans l'affaire « Telmex » concernent seulement ce cas particulier, il n'est pas possible de savoir ou de prévoir avec un certain degré de certitude quelles seront les décisions futures.

Le fait que les membres de l'OMC ne peuvent pas de manière officielle et ne doivent pas tirer les conséquences de décisions de Panels de l'OMC touchant à la concurrence consacrées aux autres membres de l'OMC prouve encore une fois le besoin de conclure un accord multilatéral sur la concurrence dans le cadre de l'OMC.

Conclusion.

100. Après avoir analysé les relations entre le droit de l'OMC et le droit européen de la concurrence on peut définir la place des accords de l'OMC touchant la concurrence dans l'ordre juridique européen : les entreprises d'États tiers membres de l'OMC sont obligées de prendre en considération les règles du droit de l'OMC et du droit européen de la concurrence.

Selon la jurisprudence européenne les accords de l'OMC n'ont pas d'effet direct ; ainsi, il n'est pas possible d'invoquer les dispositions desdits accords à l'encontre du droit européen. Grâce à la flexibilité des accords de l'OMC les États membres ont une certaine liberté de mise en œuvre des dispositions des accords de l'OMC. Néanmoins, les États membres sont obligés de respecter ses obligations issues du droit de l'OMC. Ainsi, les normes du droit de l'OMC ont un statut confus – elles sont obligatoires, mais selon la jurisprudence européenne, elles n'ont pas d'effet direct, en plus il est possible de les interpréter différemment.

Finalement, il est possible de dire que les règles concurrentielles, que les entreprises affectant le marché européen doivent respecter, incluent les normes européennes

⁶⁴⁷ Ibidem.

⁶⁴⁸ Ibidem. p.9.

accompagnées par les normes internationales – celles de l'OMC. Ainsi, les entreprises ayant leur activité touchant au marché européen doivent connaître cet éventail de normes. Néanmoins, il faut souligner encore une fois le fait que les règles de l'OMC visent premièrement les États et non les entreprises, et que l'UE doit respecter les normes du droit de l'OMC, mais ces normes n'ont pas d'effet direct.

Ainsi, la question de savoir si le conflit potentiel entre le droit de l'OMC touchant à la concurrence et le droit européen de la concurrence est possible reste hypothétique, comme il n'existe pas de droit international de la concurrence dans le cadre de l'OMC. Comme il a été mentionné plus haut les normes de l'OMC touchant à la concurrence sont très fragmentaires ce que ne permet pas de les opposer aux normes bien développées du droit européen de la concurrence, même si Microsoft a essayé de le faire.

Si on n'analysait que les entreprises européennes sur le marché européen une telle conclusion et l'analyse de règles pertinentes seraient suffisantes. Cependant, comme le sujet essentiel de la recherche est les entreprises des États tiers, on doit prendre en considération la situation dans laquelle se trouvent de telles entreprises non-européennes qui ont leurs intérêts sur le marché européen.

Pour de telles entreprises le droit européen est un droit externe, un droit inconnu, qui doit être respecté en même temps que les exigences du droit de l'OMC. Elles sont obligées de considérer les normes du droit national de la concurrence, les normes du droit international (y compris le droit de l'OMC) et, finalement, le droit européen qui entretient des relations compliquées avec les normes du droit de l'OMC touchant à la concurrence.

N'est-ce pas trop de normes à respecter pour une entreprise? Si les normes sont homogènes, cela ne pose pas de problèmes, mais, imaginons pour l'instant, que les normes nationales sont différentes que celles de l'UE, que l'interprétation nationale de règles de l'OMC ne correspond pas à celle de la Cour de Justice et du Tribunal. L'entreprise peut se retrouver dans une situation contradictoire.

La flexibilité de normes de l'OMC (analysée plus haut) est une bonne solution pour les États qui veulent mener leurs politiques propres et indépendantes du commerce international et de la concurrence. Pour les entreprises, une telle flexibilité peut créer des problèmes, plutôt que les résoudre. En outre, les normes touchant à la concurrence sont diffusées parmi plusieurs accords de GATT-OMC, il n'existe pas de système de droit

international de la concurrence, même si tel besoin a été manifesté plusieurs fois de manière objective et subjective.

PARTIE II. APPLICATION INDIRECTE DU DROIT EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE AUX ENTREPRISES DES ÉTATS TIERS.

101. L'application « indirecte ». Après avoir analysé tous les aspects de l'application directe du droit européen de la concurrence il est temps de commencer l'examen de l'application indirecte. A cet effet, il est nécessaire de définir « *l'application indirecte du droit européen de la concurrence* ». Comme on l'a mentionné lors de l'introduction à la thèse (voir paragraphes 1 et 2) plusieurs pays du monde choisissent le modèle européen du droit de la concurrence comme base pour leurs lois nationales. La Commission européenne coopère d'une manière très active avec les autorités nationales de la concurrence des États tiers intéressés par le modèle européen de régulation de la concurrence, en proposant son assistance aux pays qui développent leurs politiques concurrentielles. Cette activité est équivalente à une application *indirecte*, car, finalement, les normes semblables (ou presque semblables) au droit européen de la concurrence vont être appliqués par les autorités non-européennes aux entreprises n'ayant aucun contact avec le marché européen.

Cependant, on pose les questions suivantes : pourquoi telle coopération entre les États tiers choisissant le modèle européen comme un exemple à suivre et la Commission européenne existe ? Quels sont les avantages pour l'UE de telle coopération ? Quels sont les avantages pour les États tiers ?

Un élément de réponse trouve son fondement dans le sens commun autant que dans l'économie. Si les politiques de concurrence partout dans le monde deviennent « para-européennes » de façon analogue, les entreprises non-européennes et les entreprises européennes auront les mêmes « *règles du jeu* » dans les pays différents ce qui est très pratique à la fois pour les acteurs (les entreprises) et pour les régulateurs (les autorités de la concurrence).

En vue d'étayer plus clairement cette supposition, la *théorie des jeux* sera utilisée dans le but d'aider à construire un modèle économique représentant les choix possibles de l'UE et des États tiers concernant leur coopération dans le domaine du droit de la concurrence. Ensuite, certains cas concrets de coopération entre l'UE et les États tiers vont être analysés. Les exemples les plus marquants de l'emprunt du modèle européen du droit de la

concurrence par les pays tiers sont représentés par la Chine et la Russie. Ainsi, la coopération entre ces États et l'UE sera examinée scrupuleusement.

A la fin de la présente partie, il sera possible d'estimer si une telle coopération entre l'UE et les États tiers est un substitut suffisant à un accord international multilatéral. Par conséquent, la présente partie est divisée en deux titres : *La création de règles homogènes de la concurrence en dehors d'un accord international sur la concurrence* et *Les droits nationaux de la concurrence des États tiers sur la base du modèle européen*.

Titre I. LA CRÉATION DE RÈGLES HOMOGENÈS DE LA CONCURRENCE EN DEHORS D'UN ACCORD INTERNATIONAL SUR LA CONCURRENCE.

102. Il est incontestable qu'aujourd'hui, dans un monde d'économie globale et de sociétés transnationales, il existe un vrai besoin d'un droit international de la concurrence. Selon l'opinion présentée dans cette thèse, le meilleur forum pour les délibérations et la conclusion d'un accord multilatéral sur la concurrence est l'OMC. Néanmoins, au vu de l'existence d'une opposition forte à cette idée en provenance des États-Unis et de quelques pays en voie de développement, il ne semble pas possible de conclure un tel accord dans un futur proche. Ainsi, l'UE, ayant un fort besoin de règles concurrentielles uniformes partout dans le monde, trouve d'autres voies en promouvant en solitaire un modèle unique du droit de la concurrence : le modèle européen.

Il faut souligner qu'en parlant de la coopération internationale dans le domaine du droit de la concurrence, on comprend les étapes suivantes : la conclusion d'accords bilatéraux (ou probablement les accords régionaux multilatéraux) entre l'UE et les États tiers⁶⁴⁹ dans le but d'aider ces pays non-européen à adopter et/ou développer leur droit de la concurrence, en utilisant le modèle européen comme base, ce que peut aboutir finalement à l'homogénéisation des normes concurrentielles dans la plupart des pays et, ainsi, rendre la coopération internationale au sein de ce « réseau » très étroite et efficace. On suppose aussi qu'un nombre assez limité d'États tiers pourra choisir le modèle américain comme base de leur droit de la concurrence, en créant, ainsi, une sorte de duopole asymétrique dans le cadre du droit de la concurrence.

On analysera, ainsi, au sein de ce Titre pourquoi les États tiers préfèrent en majorité le modèle du droit de la concurrence de l'UE et non pas ceci des États-Unis. On examinera également pourquoi la coopération internationale (l'aide de la part de l'UE aux États tiers à l'adoption des normes du droit de la concurrence et l'envie des pays non-européens de suivre l'exemple européen et coopérer activement avec l'UE) est indispensable et même inévitable.

⁶⁴⁹ Dans le cadre de ce chapitre et chapitre suivant les termes « États tiers » et « pays tiers » comprennent tous les pays non-européens à l'exception des États-Unis.

103. Plan. Par conséquent, le Titre est divisé en deux chapitres : *Chapitre 1. Le modèle économique comme une preuve du besoin de normes internationales de la concurrence* et *Chapitre 2. Le modèle européen du droit de la concurrence comme base du droit de la concurrence des États tiers*. Dans le premier chapitre on présente une introduction à la théorie des jeux, laquelle sera utilisée tout au long de ce Titre, et plus particulièrement, on essaiera d'expliquer avec l'aide de cette théorie économique la coopération internationale dans le domaine du droit et de la politique de la concurrence. Par la suite, au sein du deuxième chapitre, on examinera la compatibilité des modèles américain et européen du droit de la concurrence avec les systèmes du droit des États tiers et, encore une fois avec l'aide de la théorie des jeux, on essaiera de montrer les choix possibles des pays tiers dans les cas quand ils décident d'adopter et/ou de développer un droit de la concurrence.

En guise de conclusion du deuxième chapitre, on analysera brièvement l'effet de réseau expliquant en partie pourquoi les États tiers imitent le modèle européen ou américain du droit de la concurrence plutôt que d'inventer leurs propres règles et le rôle des agences d'État dans le cadre de la coopération internationale.

Chapitre 1. Le modèle économique comme preuve du besoin de la coopération internationale réglant la concurrence.

“In today’s liberalised world the Community cannot be without an external dimension to its competition policy”.
(COM(96)284 final 18.06.1996, p.5).

104. Comme on l’a découvert plus haut, il existe un besoin très fort reconnu par l’UE, et particulièrement par la Commission, en termes création d’un droit international de la concurrence. Néanmoins, la résistance à cette initiative de la part des États-Unis et de la part de quelques pays en voie de développement ne permet pas de conclure un accord au niveau international. Ainsi, ce besoin est satisfait par d’autres moyens tels que la coopération bi- et multilatérale entre l’UE et les pays non-européens.

Dans ce chapitre, on tente d’expliquer avec l’aide de la science économique, et particulièrement avec l’aide de la théorie de jeux, le comportement des États tiers, de l’UE et les États-Unis et les choix qu’ils ont dans le cas de la coopération internationale au sein du droit de la concurrence. Ainsi, ce chapitre est divisé en deux sections : *Section 1. L’introduction à la théorie des jeux* et *Section 2. La théorie des jeux expliquant la (non)coopération internationale plus étroite dans le domaine du droit de la concurrence*. Il paraît tout à fait logique de commencer par une introduction à la théorie des jeux, dans la mesure où cette méthode économique est rarement utilisée au sein de la science juridique, et de continuer ensuite appliquer cette méthode pour le but de cette recherche.

Section 1. L’introduction à la théorie des jeux.

105. Cette section servira comme fondement pour ce chapitre et le chapitre suivant, en rappelant les notions et les idées de base de la théorie de jeux, en expliquant aussi pourquoi on a choisi de l’utiliser dans le cadre de cette étude particulière. Comme on a mentionné auparavant, une des possibilités d’expliquer l’existence de la coopération internationale au sein du droit de la concurrence, c’est d’utiliser une des approches économiques – la théorie

des jeux – la théorie économique expliquant comment et pourquoi les acteurs font leurs choix dans les situations différentes en montrant leurs profits et leurs pertes sur le calcul desquels on fonde le choix final.

Il existe, bien sûr, d'autres techniques économiques applicables pour expliquer les différents phénomènes du droit, par exemple, *l'économétrie et les autres méthodes empiriques*⁶⁵⁰. Toutefois, dans la thèse on analyse surtout le choix d'États tiers en faveur de tel ou tel type du droit de la concurrence (européen, américain ou *sui generis*). Malheureusement, à cause du manque de données statistiques il est impossible de faire une étude économétrique⁶⁵¹. En prenant aussi en considération notre préférence pour les questions de choix de droit, c'est-à-dire à des comportements d'États qui optent dans le cas en question pour le droit européen, les modèles issus de théorie des jeux visant à expliquer et/ou prévoir un tel comportement représentent une des méthodes essentielles de la recherche.

Ainsi, avant de commencer l'analyse en soi, il semble utile de rappeler ce qu'est la théorie des jeux et comment on l'applique dans le cadre du droit. **La théorie des jeux est la discipline économique qui étudie les situations où le sort de chaque participant dépend non seulement des décisions qu'il prend mais également des décisions prises par d'autres participants.**⁶⁵² Cette théorie fut fondée par John von Neumann et Oscar Morgenstern en 1944 lors de la parution de leur ouvrage « *Theory of Games and Economic Behaviour* »⁶⁵³.

⁶⁵⁰ Voir, par exemple, Ermanno FEGATILLI, Nicolas PETIT, *Économétrie du droit de la concurrence. Un essai de conceptualisation*, CGLC Working Paper 03/08; Michael W. NICHOLSON, *An Antitrust Law Index for Empirical Analysis of International Competition Policy*, *Journal of Competition Law and Economics*, 4(4), 2008, pp. 1009-1029; Michal S. GAL, *Antitrust in a Globalized Economy: the Unique Enforcement Challenges Faced by Small and Developing Jurisdictions*, *Fordham International Law Journal*, Vol. 33 N1, 2009, pp. 1-56, voir surtout pp.14-30.

⁶⁵¹ Il existe, néanmoins, des études économétriques comparant les droits de la concurrence des pays différents. Il existe aussi un index économétrique spécialement développé pour l'analyse de la politique internationale de la concurrence. Voir Michael W. NICHOLSON, *An Antitrust Law Index for Empirical Analysis of International Competition Policy*, *Journal of Competition Law & Economics*, 4(4), 2008, pp. 1009-1029.

Sur les méthodes économétriques voir, par exemple, Brigitte DORMONT, *Introduction à l'économétrie*, Montchrestien, Paris, 2007, 518p.

⁶⁵² J.-F. THISSE, *Théorie des jeux: une introduction*, Université Catholique de Louvain, 2007, p.2-3.

⁶⁵³ John von NEUMANN, Oskar MORGENSTERN, *Theory of games and economic behavior*, Princeton University Press, 1944. Voir J. von NEUMANN, O. MORGENSTERN, *Theory of Games and Economic Behavior (Commemorative Edition)*, 60th-Anniversary Edition, Princeton University Press, 2007, 776 pp.

Sur la théorie des jeux voir aussi: *Classics in Game Theory*, edited by Harold W. KUHN, Princeton University Press, 1997, 328 pp.; *The Essential John Nash*, edited by Harold W. KUHN & Sylvia NASAR, Princeton University Press, 2007, 272 pp.; Vianney DEQUIEDT, Jacques DURIEU, Philippe SOLAL, *Théorie des jeux et applications*, Economica, Paris, 2011, 585p.

Voir les sites web sur la théorie des jeux: Don ROSS, *Game Theory*, Stanford Encyclopedia of Philosophy, <http://plato.stanford.edu/entries/game-theory/>, 24.01.2010; Ben POLLAK, *Game Theory*, Open Yale courses, <http://oyc.yale.edu/economics/game-theory>, 24.01.2010; Mike SHOR, *Game Theory .net*, <http://www.gametheory.net/>, 24.01.2010.

Néanmoins, quelques auteurs⁶⁵⁴ supposent que la théorie des jeux était connue sous une forme ou une autre bien avant ; ainsi certaines énigmes de Talmud, sans réponse pendant des siècles, ont été résolues par le lauréat du prix Nobel Robert J. Aumann avec l'aide de la théorie des jeux.⁶⁵⁵

Dans la plupart de cas on a deux joueurs qui ont deux choix chacun (il est possible d'avoir plus de joueurs et plus de choix). Les joueurs peuvent être des entreprises, des consommateurs ou des gouvernements.⁶⁵⁶ Ainsi, la formation d'une coalition gouvernementale ou une négociation au sein de l'OMC sont autant de jeux différents obéissant à des règles spécifiques.⁶⁵⁷

106. En parlant de théorie des jeux, il faut souligner que dans la plupart de cas, en suivant le modèle économique on recherche *l'équilibre de Nash*⁶⁵⁸ qui décrit une issue dans laquelle aucun joueur ne souhaite modifier son comportement (stratégie) étant donné le comportement (stratégie) d'autres joueurs.⁶⁵⁹ Cela signifie que si le jeu que nous examinons se répète plusieurs fois, et à une itération donnée du jeu les joueurs atteignent un équilibre de Nash, chacun est susceptible de reprendre ses actions dans la suite des jeux aussi longtemps qu'elle attend de l'autre joueur à répéter ses actions aussi. Par conséquent, l'équilibre de Nash indique le probable *status quo* dans une itération d'un jeu. Si un jeu a plus d'un équilibre de Nash, le *status quo* est susceptible d'être le premier équilibre de Nash que les joueurs atteignent. Un équilibre de Nash n'est pas nécessairement le résultat efficient du jeu, mais simplement une conséquence probable de tel jeu.⁶⁶⁰ Ainsi, après avoir rappelé les notions essentielles et basiques de la théorie de jeux, il est possible de passer à l'application de cette théorie à la recherche en question.

⁶⁵⁴ Andrew HUTCHINGS, *Non-Cooperative Games*, Harvard School of Engineering and Applied Sciences, <http://www.eecs.harvard.edu/~parkes/cs286r/spring02/papers/nash-cornell.pdf>, 31.01.2011.

⁶⁵⁵ Robert J. AUMANN, *Game Theory in the Talmud*, Research bulletin Series on Jewish Law and Economics, 2003, pp. 1-12.

⁶⁵⁶ Les types de jeux les plus répondus dans le cadre d'analyse du droit (« Harmony », « Meeting Place », « Battle of the Sexes », « Stag Hunt », « Chicken », « Bully », « Prisoner's Dilemma ») sont décrits en détails dans l'article de professeur Amitai AVIRAM (University of Illinois), *A Paradox of Spontaneous Formation : The Evolution of Private Legal Systems*, Yale Law & Policy Review, Vol. 22, N 1, 2004.

⁶⁵⁷ Ibidem, p.2.

⁶⁵⁸ Sur l'équilibre de Nash voir John F. NASH, *Equilibrium Points in n-Person Games*, Proceeding of the National Academy of Science of the USA, Vol 36, N 1, 1950, pp. 48-49; John F. NASH, *Non-Cooperative Games*, The Annals of Mathematics, Second Series, Vol.54, N 2, 1951, pp. 286-295.

⁶⁵⁹ J.-F. THISSE, *Théorie des jeux: une introduction*, Université Catholique de Louvain, 2007, p.11.

⁶⁶⁰ Amitai AVIRAM, *A Paradox of Spontaneous Formation: The Evolution of Private Legal Systems*, op. cit., p.27.

Section 2. La théorie des jeux expliquant la (non)coopération internationale plus étroite dans le domaine du droit de la concurrence.

107. Dans le cadre de cette section on présente le premier modèle, issu de la théorie des jeux, expliquant les choix des États dans le cas de la coopération internationale concernant le droit de la concurrence. On présente la situation standard et on explique ensuite comment une telle situation peut varier. Il faut noter que l'idée du modèle présenté ci-dessous a été conçue après l'étude de l'analyse faite par le docteur Anu Bradford (*Harvard Law School*) sur l'impossibilité d'une coopération plus étroite entre l'UE et les États-Unis dans le domaine du droit de la concurrence (surtout dans le cadre de l'OMC).⁶⁶¹ Le docteur Bradford critique l'approche du professeur Andrew T. Guzman⁶⁶² qui utilise le Dilemme du prisonnier (*prisoner's dilemma*) comme un modèle imitant le comportement des États concernant la possibilité de la création du droit international de la concurrence. Le docteur Bradford propose à utiliser le modèle *Deadlock* (modèle de l'impasse) et le jeu de la coordination avec des conséquences sur la répartition pour montrer plus clairement le comportement possible d'États (acteurs dans ce jeu). Étant inspiré par les idées du professeur Guzman⁶⁶³ et du docteur Bradford, on présente une nouvelle version de l'application de la théorie des jeux pour expliquer le choix d'États à coopérer dans le domaine du droit de la concurrence. Il paraît que pour un tel but le jeu de la coordination pure (*pure coordination game*) peut être utilisé.

Comme il est impossible de trouver des données statistiques concernant le comportement d'États pour effectuer un calcul précis, la dynamique d'un tel comportement sera présentée dans ce modèle et les modèles suivants. Il faut aussi préciser aussi qu'à l'opposé d'autres modèles économiques⁶⁶⁴ on ne propose pas comme choix le débranchement complet d'un type de droit de la concurrence à l'autre, on propose plutôt

⁶⁶¹ Anu BRADFORD, *International Antitrust Negotiations and False Hope of the WTO*, *Harvard International Law Journal*, Vol. 48, N 2, Summer 2007. pp. 383-439.

⁶⁶² Andrew T. GUZMAN, *Antitrust and International Regulatory Federalism*, 76 *New York University Law Review* 1142, 2001, pp. 1156-58.

A. T. Guzman - Professor of Law; Director of Graduate Programs; Associate Dean for International and Executive Education at Boalt Hall School of Law, at the University of California, Berkeley.

⁶⁶³ Parmi les travaux de Andrew T. GUZMAN voir aussi Andrew T. GUZMAN, *How International Law Works. A Rational Choice Theory*, Oxford University Press, NY, 2008, 260p. Il est aussi intéressant de voir Jack L. GOLDSMITH, Eric A. POSNER, *The Limits of International Law*, Oxford University Press, NY, 2005, 262p.

⁶⁶⁴ Anu BRADFORD, *International Antitrust Negotiations and False Hope of the WTO*, *op.cit.*, Daniel W. DREZNER, *Globalization, harmonization, and competition: the different pathways to policy convergence*, *Journal of European Public Policy*, 12:5, October 2005, pp. 841-859.

une coopération internationale, permettant d'abord de se cordonner sur la nécessité d'un accord international et de transformer ensuite le modèle choisi pour qu'il corresponde mieux aux besoins de chaque membre. Par conséquent, les profits et les coûts ont été calculés en prenant en compte une telle approche.

§ 1. La situation standard de la (non)coopération.

108. Le premier modèle à analyser est construit en se basant sur les méthodes offertes par la théorie des jeux (Figure 1). Ce modèle représente les choix d'un État tiers et de l'UE dans le cas où la question de la coopération internationale au sein du droit de la concurrence est soulevée. Il faut rappeler encore une fois qu'une telle coopération comprend en soi le désir d'un État tiers d'adopter et/ou de développer le droit de la concurrence et l'assistance de l'UE à cet État dans le poursuit de tels buts. Il est évident que, si l'UE aide un pays tiers à adopter et/ou développer un droit de la concurrence, elle utilise le droit européen de la concurrence comme le modèle d'inspiration. L'homogénéisation des règles du droit de la concurrence rapporte plusieurs profits, examinés plus tard, et, de surcroît, permet de supposer que la coopération internationale dans le cas de violations transnationales du droit de la concurrence sera plus efficace et transparent (l'état actuel d'une telle coopération est analysé dans les paragraphes 54 et s.). Par conséquent, chaque fois en utilisant le terme « coopération » ou « coordination » (comme les États tiers vont plutôt coordonner leurs législation sur la concurrence avec celle de l'UE (ou dans les cas analysés plus tard avec celle des Etats-Unis)) on enchaîne tout le processus de telle coopération (coordination) emmenant à la fin à la création du droit de la concurrence pro-européen dans la plupart pays du monde. Il est possible de dire qu'en absence d'un droit international de la concurrence les pays cherchent les mécanismes pouvant s'y substituer.

Figure 1. Pure Coordination Game

Le Jeu de la Coordination Pure⁶⁶⁵

		EU	
		Se coordonner	Ne pas se coordonner
E 1/3	Se coordonner	$\pi_{e1/3} - d_{e1/3};$ $\pi_{eu} - d_{eu}$	0 ; 0
	Ne pas se coordonner	0 ; 0	$-\pi_{e1/3} + d_{e1/3} ;$ $-\pi_{eu} + d_{eu}$

Explication de la Figure 1.

Les acteurs : l'Union européenne (EU) et les États tiers (sauf les États-Unis)⁶⁶⁶

Les choix : coopération au niveau multinational dans le domaine du droit de la concurrence (se coordonner) ; absence d'une telle coopération (ne pas se coordonner).

$\pi_{e1/3}$ - les profits de la coordination (coopération) pour les États tiers

π_{eu} - les profits de la coordination (coopération) pour l'UE

$d_{e1/3}$ - les coûts de la coordination (coopération) pour les États tiers

d_{eu} - les coûts de la coordination (coopération) pour l'UE.

On suppose que les situations (l'UE choisit de se coordonner ; et les États tiers préfèrent de ne pas se coordonner) (et à l'inverse) n'aboutissent à aucun résultat, ainsi pour tels choix les résultats seront (0 ; 0).

Comme il résulte de ce modèle, si $\pi > d$ la coordination-coopération est très probable entre les États, et à l'inverse si $\pi < d$ les coûts de la coordination-coopération sont très élevés, et les États préfèrent garder le *status quo*.

⁶⁶⁵ Légende: Deux entreprises doivent choisir simultanément une technologie à utiliser pour leurs produits compatibles. Si les entreprises adoptent des normes différentes, les résultats de vente sont très bas. Une norme commune conduit à une hausse des ventes. Une des technologies est préférée par les consommateurs à l'autre. Ainsi, si les entreprises peuvent standardiser leurs technologies sur une base de la technologie choisie, chacun reçoit un profit maximal. [Dans le cas en question on analyse le choix possible de 2 autorités de la concurrence (EU et non-EU) et la technologie représente le droit européen de la concurrence].

(Two firms must simultaneously elect a technology to use for their compatible products. If the firms adopt different standards, few sales result. A common standard leads to higher sales. One technology is significantly preferred by consumers over the other. Thus, if the companies can standardize on the preferred technology, each obtains maximal profits).

(<http://www.gametheory.net/dictionary/Games/ParetoCoordination.html>)

⁶⁶⁶ Pour le cas de (non)coopération entre les États-Unis et l'UE voir la Figure 5.

Il semble impossible, sans données statistiques exactes, de mesurer exactement les profits et les coûts de la coordination, néanmoins, on peut supposer avec un certain degré de certitude quelques profits et coûts permanents selon notre point de vue.

Particulièrement, *les profits possibles de la coordination (coopération) pour l'UE* sont:

- Les mêmes règles du jeu pour les entreprises européennes sur les marchés étrangères que sur le marché européen ;
- La coopération avec les États tiers dans les cas des violations transnationales du droit européen de la concurrence ;
- Le respect par les entreprises des États tiers du droit européen de la concurrence, comme elles auront les mêmes règles sur leurs marchés d'origine que sur le marché européen.

Les profits possibles de la coordination (coopération) pour les États tiers sont:

- L'adoption du droit et de la politique de la concurrence ;
- Le développement du droit et de la politique de la concurrence ;
- Les États tiers apprennent l'expérience européenne ;
- Les entreprises des États tiers ont les mêmes règles du jeu sur les marchés nationaux que sur le marché de l'UE, ainsi, c'est plus facile pour eux de travailler sur le marché européen et, probablement, sur les marchés des autres pays tiers ayant le même modèle du droit de la concurrence ;
- La lutte plus efficace contre les violations transnationales du droit de la concurrence.

Les coûts possibles de la coordination (coopération) pour l'UE comprennent surtout:

- Le coût de l'assistance aux États tiers en adoption et développement du droit et de la politique de la concurrence.

Les coûts possibles de la coordination (coopération) pour les États tiers sont :

- Les coûts de l'adoption et du développement du droit et de la politique de la concurrence ;
- Les coûts de l'exécution des lois sur la concurrence.

Il est nécessaire de préciser que ce modèle est absolument hypothétique et représente la situation la plus simple de la coopération entre l'UE et le pays tiers, néanmoins, il permet de montrer quelques profits et pertes permanents dans le cas de la coopération.

§ 2. Les variations de la situation standard de la (non)coopération.

109. Après avoir analysé la situation standard et la plus simple on présente les facteurs qui peuvent influencer le choix des acteurs (surtout les États tiers) en rajoutant les couts ou en augmentant les profits.

Il ne faut pas oublier qu'en construisant ce modèle, la notion abstraite d'un État tiers a été utilisée, mais dans la vie réelle les variables π et d seront différents pour chaque État tiers particulier. Par exemple, pour la Chine, où, jusqu'à 2007, il n'y avait pas de droit de la concurrence et qui a des liens économiques très forts avec l'UE, π était définitivement plus grand que d , tandis que pour le Japon ayant le droit de la concurrence influencé beaucoup par le droit antitrust américain⁶⁶⁷ les avantages peuvent être moins évidents puisque le Japon pourrait préférer de garder son droit de la concurrence pro-américain et coopérer de manière bilatérale avec les États-Unis et avec l'UE. Néanmoins, comme on l'a mentionné auparavant, le Japon avec quelques autres pays, a soutenu avec l'enthousiasme l'idée européenne de la conclusion d'un accord international sur la concurrence dans le cadre de l'OMC.⁶⁶⁸ En discutant un tel sujet il faut toujours prendre en considération que pendant le processus de coopération chaque participant a ses particularités et peut ajouter ses suggestions – un fait que les États-Unis et quelques pays en voie de développement semblent ne pas vouloir comprendre.

Il faut noter aussi que π est différent pour les grandes économies (telles que celles de l'UE et des États-Unis) et pour les petits États et les États en voie de développement. Selon Michal S. Gal, tels États profitent indubitablement de la coopération et coordination internationale. L'harmonisation peut être même plus importante pour les petits États et les États en voie de développement que pour les grands États développés. Pour les petits États et les États en voie de développement l'harmonisation des lois réduit généralement les coûts de transaction pour les importateurs, lesquels peuvent trouver autrement qu'il n'est pas rentable d'investir dans les économies de tels États en sachant qu'il faut apprendre et se conformer aux lois de ces États. Une petite taille de point de vue économique (ou un bas niveau de développement) suppose généralement que les profits sont limités. En

⁶⁶⁷ John W. SCHLICHER, *Antitrust and Competition Law Limits on Licensing Practices in Japan*, *The Computer & Internet Lawyer*, Vol.23 N 11, November 2006, pp. 1-16; H. STEPHEN HARRIS, *Competition Law and Patent Protection in Japan: A Half-Century of Progress, a New Millennium of Challenges*, US FTC and DoJ, 23 May 2002, pp. 74-139.

⁶⁶⁸ Brendan SWEENEY, *International Competition Law and Policy: a Work in Progress*, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 10, May 2009, Issue I.

conséquence, la baisse des coûts du commerce de ces pays - y compris les coûts d'apprentissage des nouvelles règles et de la conformité aux lois nationales de la concurrence - incite les entreprises étrangères à entrer dans ces marchés et à y faire des affaires. Aussi, les lois harmonisées peuvent réduire les coûts d'exportation pour les entreprises nationales. Ces deux effets renforcent l'un des outils les plus importants pour surmonter les limites créées par une économie de petite taille ou de sous-développement: l'élargissement de la taille du marché grâce à l'exportation et l'importation.⁶⁶⁹ Pourtant, la capacité limitée des pays en voie de développement et les pays de petite taille à participer aux enjeux internationaux concernant la politique de la concurrence affecte sans aucun doute leur position de négociation sur la coopération internationale, surtout concernant les questions qui entrent en conflit avec les intérêts d'économies plus fortes.⁶⁷⁰

Il faut noter aussi que si l'on peut identifier la plupart de pays comme pro-européens ou pro-américains (en ce qui concerne leurs politiques concurrentielles), ils existent aussi les pays à régime mixte, comme, par exemple, Israël. Israël, qui représente un système de droit mixte avec une inclinaison forte vers la *common law*, fonde sa législation sur les monopoles et les restrictions au commerce sur le modèle européen. Toutefois, la loi israélienne sur les fusions est un mélange d'approches européenne et américaine - quoique l'influence américaine soit plus forte, particulièrement, parce que l'intérêt d'États-Unis dans la finance israélienne (en particulier les fusions et acquisitions) est plus grand que pour le commerce israélien à proprement parler ou que l'intérêt de l'UE pour cette même place financière. En d'autres termes, les entreprises israéliennes se soucient plus de marchés de capitaux américains que de ceux de l'UE, mais ils sont plus attirées par les marchés commerciaux européens que par ceux des États-Unis. Par conséquent, π pour Israël dans le cas d'adoption de modèle européen comme le modèle de base international sera différent du π de la Russie ou de la Chine (analysé plus tard dans deux chapitres spéciaux, paragraphes 117 et s.). Il faut, cependant, souligner encore une fois que la possibilité passée sous silence dans toute la littérature sur le sujet de la conclusion d'un accord international sur la régulation de la concurrence ne suscite pas l'adoption du modèle purement européen ou américain au niveau international, plusieurs concessions mutuelles peuvent être faites pendant le processus de négociations. Le refus de coopérer provoque la division du monde des affaires

⁶⁶⁹ Michal S. GAL, *Antitrust in a Globalized Economy : the Unique Enforcement Challenges Faced by Small and Developing Jurisdictions*, Fordham International Law Journal, Vol. 33, N°1, December 2009, p.47.

⁶⁷⁰ Ibidem, p.48.

en deux parties asymétriques et hétérogènes en soi, ce que n'aide pas à promouvoir le commerce international ni à protéger la concurrence partout dans le monde et chaque consommateur.

Ainsi, selon notre hypothèse $\pi > d > 0$, comme les profits dans le cas de coopération sont plus importantes que les coûts, dans ce modèle dans le cas de coordination (coopération) le gain pour l'UE et pour les États tiers est plus grand que dans la situation de non-coordination – ceci admis, la coopération devient le choix raisonnable et économiquement justifié.

Une telle conclusion soulève une autre question : pourquoi la plupart des États tiers choisi le modèle européen du droit de la concurrence comme base pour leurs législations nationales et ne pas le modèle américain, tandis que les États-Unis sont le lieu de naissance du droit de la concurrence dans le sens moderne ? Dans le chapitre suivant consacré à la question de la préférence de droit européen de la concurrence en tant que modèle de base par les États tiers les modèles examinant les atouts et les défauts de droit européen de la concurrence par rapport avec le droit antitrust américain seront présentés.

Conclusion.

110. Finalement, il est utile de souligner encore une fois que le modèle issu de la théorie des jeux présentés au-dessus est évidemment assez simplifié ; néanmoins, on espère qu'il pourra aider à comprendre de manière très graphique pourquoi l'UE assiste tellement les États tiers en cas d'adoption et du développement du droit de la concurrence. Dans le Titre II de cette partie de la thèse on analysera deux cas particuliers : la coopération entre l'UE et la Chine et la coopération entre l'UE et la Russie comme des exemples les plus marquants d'exportation du droit européen de la concurrence en dehors de l'UE. Toutefois, d'abord une question mérite être analysée en premier : celle de savoir pourquoi les États tiers sont plus attirés pas le droit européen de la concurrence que par le droit antitrust américain.

Chapitre 2. Le modèle européen du droit de la concurrence comme base du droit de la concurrence des États tiers.

« Qui se ressemble s'assemble ».

Proverbe français.

111. Plan. Dans le cadre de ce chapitre l'analyse économique sera affinée, en utilisant la théorie des jeux pour expliquer les choix faits par différents acteurs tels que l'UE, les États tiers et les États-Unis. La question cruciale du présent chapitre est de savoir pourquoi la plupart des États tiers préfèrent utiliser le modèle européen comme modèle de base pour leurs droits nationaux de la concurrence, et non le modèle américain.

Ainsi, le chapitre est divisé en deux sections : *Section 1. La compatibilité des modèles du droit de la concurrence des États-Unis et de l'UE avec les systèmes du droit des pays tiers* et *Section 2. L'explication économique de l'adoption du modèle européen du droit de la concurrence comme le modèle de base pour la plupart des pays tiers*. Aussi, en guise de conclusion, l'effet de réseau (*Network Effect*) et le rôle des agences d'État dans la coopération internationale seront examinés brièvement ; on verra qu'ils expliquent aussi en partie les choix des pays pour ou contre une coopération plus étroite dans le domaine du droit de la concurrence.

112. L'histoire du développement du droit de la concurrence aux États-Unis et dans l'UE. Il faut rappeler qu'historiquement les États-Unis et l'UE ont des politiques de concurrence très différentes. Néanmoins, à partir de la moitié des années 1990, quand l'UE (CE) a commencé la modernisation du système d'application du droit de la concurrence, les divergences entre les deux juridictions ont commencé à s'atténuer.⁶⁷¹ Pourtant, les deux systèmes ont encore beaucoup de différences, et si l'UE est prête pour la coopération renforcée avec les États-Unis, dans le but de profiter de l'expérience américaine, les États-Unis redoutent de perdre les bénéfices de leur système bien équilibré et ayant fait ses preuves ; aussi, ils essayent de le préserver en tant que tel.

⁶⁷¹ Hwang LEE, *Influencing a Global Agenda : Implications of the Modernization of EU Competition Law for the WTO*, Erasmus Law&Economic Review 1, N°2, June 2004, p.112.

Évidemment les États-Unis et l'UE représentent des économies très fortes et de longues traditions de l'application du droit de la concurrence. Ils dépensent plus d'argent pour l'exécution du droit de la concurrence que toute autre juridiction, dépensent le plus sur les réseaux internationaux et ont les programmes les plus larges d'assistance technique aux pays tiers concernant le droit de la concurrence. Enfin, l'UE et les États-Unis sont les plus grands marchés de la planète. Ces divers facteurs confèrent aux États-Unis et à l'UE la capacité inégalée de projeter leurs préférences de la politique de la concurrence à l'extérieur de leurs frontières.⁶⁷²

Section 1. La compatibilité des modèles du droit de la concurrence des États-Unis et de l'UE avec les systèmes du droit des pays tiers.

113. En prenant en considération tous les faits rappelés ci-dessus, on répète la question : pourquoi les pays tiers préfèrent-ils le modèle européen ? Une de réponses donnée par William Kovacic, ancien président de l'*US Federal Trade Commission* (FTC) (2008-2009), est que dans le monde il y a plus d'États utilisant le système du droit continental (*civil law system*), qui est compatible avec le droit européen de la concurrence, que le système de droit anglo-américain (*common law*).⁶⁷³

Selon Nathan Bush, un spécialiste en droit chinois, le modèle du droit de la concurrence européen avec la Commission en tête pourrait être plus compatible avec le droit chinois qui rassemble plus au système du droit continental qu'au système américain.⁶⁷⁴ La même affirmation est vraie aussi pour le système du droit russe qui appartient à la famille du droit continental et qui a été beaucoup influencé par les traditions du droit français et allemand.

En parlant de la meilleure compatibilité du droit européen de la concurrence avec les systèmes du droit des pays tiers par rapport à la compatibilité du droit américain, il faut noter que le modèle européen repose principalement sur l'élaboration des actes administratifs par la Commission, dont les décisions peuvent être sujets à des recours devant

⁶⁷² William E. KOVACIC, *Competition Policy in the European Union and the United States: Convergence or Divergence?*, 5th Annual Antitrust Conference, Washington, D.C., June 2, 2008.

⁶⁷³ Ibidem.

⁶⁷⁴ Nathan BUSH, *Chinese Competition Policy. It takes more than a law*, May – June 2005, <http://www.chinabusinessreview.com/public/0505/bush.html>, 03.06.2010.

la Cour. Dans une certaine mesure, les opérations de la FTC utilisent la même approche. Mais pour le système américain en général (y compris les opérations de la FTC), la plupart des décisions-clés, comme, par exemple, les mesures préventives contre l'entente, ne peuvent pas être prises sans approbation judiciaire, ce qui n'est pas fréquent dans les pays avec un système du droit continental. Bien sûr, le contrôle judiciaire dans l'UE n'est guère absent, mais en général il est moins envahissant et immédiat qu'aux États-Unis.⁶⁷⁵

Selon l'étude faite par W.E. Kovacic, plus de 80 juridictions qui ont adopté les nouvelles lois concurrentielles pendant les 30 dernières années ont un système du droit continental. Leurs systèmes de droit de la concurrence s'appuient habituellement sur le modèle d'exécution administrative ce qui ressemble au régime européen. En comparaison, seulement quelques pays ont établi un système concurrentiel qui utilise le modèle de poursuite adversoriale appliqué par l'*US Department of Justice* (DoJ). Comme la plateforme institutionnelle européenne est plus compatible avec les arrangements institutionnels dans la plupart des pays de droit continental, beaucoup d'économies en transition ont tendance à analyser d'abord le modèle européen en créant leurs propres systèmes du droit de la concurrence. Cette circonstance signifie que les normes européennes sont absorbées plus facilement que celles des États-Unis, par les nouveaux régimes de la politique concurrentielle.⁶⁷⁶

Comme le droit européen de la concurrence met l'accent sur un contrôle *ex ante* et l'application des lois sur la concurrence principalement par les agences administratives, tandis que le modèle américain propose le contrôle *ex post* (sauf en ce qui concerne les exceptions partielles concernant les fusions) et l'application du droit de la concurrence par la cour, pour les nombreux pays, n'ayant pas d'expérience préalable de l'application des règles concurrentielles, le contrôle *ex ante* semble plus sûr.

Aussi, la possibilité d'éviter les tribunaux, en laissant la plupart du travail aux organes administratifs, peut être plus attirante pour les pays qui n'ont pas encore de juges fiables ou bien expérimentées en matière de commerce.

Le modèle américain est plus attrayant pour les avocats, car elle est très favorable au contentieux. Cependant, le modèle de l'UE est plus attrayant pour le gouvernement, parce

⁶⁷⁵ William E. KOVACIC, *Competition Policy in the European Union and the United States: Convergence or Divergence?*. 5th Annual Antitrust Conference, Washington, D.C., June 2, 2008.

⁶⁷⁶ Ibidem.

qu'il est de nature administrative, ainsi il laisse plus de contrôle pour le pouvoir exécutif (il faut noter que les agences appliquant les lois sur la concurrence sont indépendantes, en plus, elles subissent moins de pressions politiques que le pouvoir judiciaire). Dans la plupart des pays qui ont récemment créé un droit de la concurrence, l'impulsion est venue du gouvernement (soit pour faciliter le passage à une économie de marché ou pour rendre le pays plus attirant pour les investisseurs étrangers en adoptant des lois similaires à celles des économies développées), et non des avocats. Ainsi, les préférences du gouvernement, et non celles des avocats, ont été prises en compte quand le choix du modèle de droit de la concurrence a été fait.

Après avoir présenté plusieurs arguments pour le choix de modèle européen du droit de la concurrence comme modèle de base par plusieurs États tiers, en vue d'expliquer de manière la plus claire possible les choix dans le cas de coopération ou de non-coopération entre les États-Unis et les pays non-européens et entre l'UE et les États-Unis dans le domaine de politique concurrentielle, il semble utile d'appliquer encore une fois la méthode économique utilisé auparavant, à savoir la théorie des jeux (voir les explications ci-dessus).

Section 2. L'explication économique de l'adoption du modèle européen du droit de la concurrence comme le modèle de base pour la plupart des pays tiers.

114. Quatre modèles. Dans le cadre de cette section quatre modèles construits sur la base de la théorie de jeux sont présentés dans le but d'expliquer pourquoi les pays tiers préfèrent le modèle européen du droit de la concurrence comme un exemple à suivre. *Le premier modèle* présente les États-Unis et les États tiers comme joueurs, lesquels peuvent choisir de coopérer (ou plutôt se coordonner pour les pays tiers) ou de ne pas coopérer dans le domaine du droit de la concurrence. *Le deuxième modèle* présente encore une fois les États-Unis et les États tiers comme joueurs, mais cette fois ils doivent choisir entre les modèles européen et américain comme base pour la coopération internationale plus étroite et le modèle de base pour le droit de la concurrence des pays tiers et aussi comme base pour un accord international. *Le troisième modèle* a comme joueurs l'UE et les États tiers ayant le choix entre modèle européen et modèle américain du droit de la concurrence comme la base pour la coopération plus étroite et le modèle de base pour le droit de la concurrence des pays tiers et aussi comme le modèle de base pour un accord international.

Ainsi, ces deux modèles (Figure 3 et Figure 4) expliquent pourquoi on n'arrive pas à conclure un accord international basé plus ou moins sur le modèle européen ou ceci américain du droit de la concurrence. *Le quatrième modèle* présente les relations entre l'UE et les Etats-Unis devant le choix : coopérer ou ne pas coopérer de manière plus étroite et active dans le domaine du droit de la concurrence ? La supposition à l'œuvre en l'espèce est qu'une telle coopération peut emmener finalement à la conclusion d'un accord international sur la concurrence et la création d'un droit international de la concurrence. Ainsi, le Figure 1 au-dessous présente le premier modèle et les choix des Etats-Unis et des États tiers en cas de coopération.

Figure 2. Pure Coordination Game

Le Jeu de la Coordination Pure

		USA	
		Se coordonner	Ne pas se coordonner
E 1/3	Se coordonner	$\pi_{e1/3} - d_{e1/3};$ $\pi_{us} - d_{us}$	0 ; 0
	Ne pas se coordonner	0 ; 0	$-\pi_{e1/3} + d_{e1/3} ;$ $-\pi_{us} + d_{us}$

Explication de la Figure 2.

Les acteurs : États tiers⁶⁷⁷ (E 1/3) et les États-Unis (USA).

Les choix : la coopération internationale étroite dans le domaine du droit de la concurrence (se coordonner/ coopérer) ; l'absence de la coopération internationale dans le domaine du droit de la concurrence.

$\pi_{e1/3}$ – les profits de la coordination (coopération) pour les États tiers

π_{us} – les profits de la coordination (coopération) pour les États-Unis

$d_{e1/3}$ – les coûts de la coordination (coopération) pour les États tiers

d_{us} – les coûts de la coordination (coopération) pour les États-Unis.

On suppose que les situations (les États-Unis choisissent de coopérer ; et les États tiers préfèrent de ne pas coopérer) (et à l'inverse) n'aboutissent à aucun résultat, ainsi pour de tels choix les résultats seront 0 ; 0).

Comme dans le modèle de (non)coopération entre les États tiers et l'UE (analysé auparavant) la question qui se pose est celle de la valeur réelle de π et de d . Les conclusions

⁶⁷⁷ Tiers par rapport à l'UE.

théoriques sont les mêmes si $\pi > d$ – la coopération est possible, si $d > \pi$ – les coûts de la coopération sont plus élevés que les profits possibles.

Ainsi, quels sont les profits et coûts possibles en cas de coopération entre les États-Unis et les États tiers ? On peut dire que les profits (comme les mêmes règles du jeu pour les entreprises sur les marchés nationaux et étrangères, une coopération renforcée et plus simple entre les États dans le cas de violations transnationales du droit de la concurrence, etc.)⁶⁷⁸ et les coûts (les coûts d'assistance des États-Unis aux États tiers en adoption et développements du droit de la concurrence, les coûts d'adoption des lois de la concurrence pour les États tiers, etc.)⁶⁷⁹ sont les mêmes que dans le cas de (non)coopération entre l'UE et les États tiers.

Cependant, il est possible d'émettre à titre d'hypothèse, l'opinion suivante. Les entreprises de l'Union Européenne sont en réalité, et à l'exception de celles organisées sous la forme sociale de « sociétés européennes », ressortissantes d'un pays en particulier. Par conséquent, la promotion du droit européen de la concurrence dans une juridiction où ce droit est ignoré ne contrecarre pas les intérêts financiers immédiats de l'UE. Prenons *a contrario* l'exemple du Nigéria, un Etat sans droit de la concurrence, dont le marché des sodas est dominé par deux sociétés américaines *PepsiCo* (26,7% de marché) et *The Coca-Cola Company* (64,2% de marché).⁶⁸⁰ Les duopoles produisent des bénéfices dits *anormaux* du fait de leur distorsion de la concurrence pure et parfaite sur un marché donné. Les profits anormaux totaux reçus par ces deux sociétés, notés π , sont frappés au niveau américain par un taux d'imposition noté T , de telle sorte que la perte, pour le trésor des Etats-Unis, induite par l'introduction d'un droit de la concurrence, serait au moins égal à $T \times \pi$. Pour ce qui est des acteurs américains du secteur privé, il faut ajouter a) les pertes subies par les actionnaires respectifs quant à la valeur de leurs participations b) les gels d'augmentations, arrêts d'embauche, voire licenciements constatés aux Etats-Unis à cause de la fin du bénéfice anormal c) les pertes et gains manqués des fournisseurs des deux sociétés, etc. Si cette hypothèse est correcte (totalement ou partiellement), elle peut aussi expliquer l'opposition des Etats-Unis à l'idée du droit international de la concurrence, et même le fait qu'il exportent moins des normes du droit de la concurrence (droit antitrust) que l'UE, car dans ce cas-là un tel choix est choix économiquement raisonnable.

⁶⁷⁸ Voir profits et coûts pour la Figure 1.

⁶⁷⁹ Ibidem.

⁶⁸⁰ Voir Global Soft Drinks Report African/ Middle Eastern Edition 2004, Beverage Marketing.

Cependant, l'analyse des autres situations et choix possible se continue. Ainsi, l'autre modèle qui est examiné sera celui visant à montrer le comportement possible des États-Unis et les États tiers s'ils devaient choisir le modèle européen comme la modèle de base pour la politique internationale de la concurrence.

Figure 3. Coordination Game with Distributional Consequences

(Le Jeu de la Coordination avec les Conséquences Distributifs)

		USA	
		EUm	USAm
E 1/3	EUm	$b_{us} ; a_{1/3}$	$>0 ; 0$
	USAm	$>0 ; 0$	$a_{us} ; b_{1/3}$

L'explication de la Figure 3:

Les acteurs : États tiers⁶⁸¹ (E 1/3) et les États-Unis (USA).

Les choix : modèle européen du droit de la concurrence comme la base de coopération (coordination) internationale (EUm) ; modèle américain du droit de la concurrence comme base de coopération (coordination) internationale (USAm).

On suppose que pour les États tiers le choix d'un modèle de droit, même dans le cas de choix par les États-Unis le modèle opposé, donne le résultat positif, comme elles obtiennent un de systèmes de normes concurrentielles. Néanmoins, selon notre hypothèse même si un tel choix >0 il est $< a_{1/3}$ ou $b_{1/3}$.

$a_{us} (= \pi_{us})$ = Le profit pour les États-Unis dans le cas de choix du modèle américain ;

$a_{us} > 0$

$a_{1/3} (= \pi_{1/3} - d_{1/3})$ = Le profit pour l'État tiers dans le cas de choix du modèle européen ;

$a_{1/3} > 0$

$b_{us} (= \pi_{us} - d_{us})$ = Le profit pour les États-Unis dans le cas de choix du modèle européen ;

$b_{us} > 0$

⁶⁸¹ Tiers par rapport à l'UE.

$b_{1/3} (= \pi_{1/3} - d_{1/3})$ = Le profit pour l'État tiers dans le cas de choix du modèle américain ;
 $b_{1/3} > 0$

Ainsi, si $b_{us} > a_{us}$ et $a_{1/3} > b_{1/3}$ – le choix du modèle européen du droit de la concurrence est plus probable, tandis que si $a_{us} > b_{us}$ et $b_{1/3} > a_{1/3}$ – le modèle américain sera choisi comme la modèle de base pour la création d'un droit international de la concurrence.

Selon l'étude théorique faite auparavant, on suppose que $a_{1/3} > b_{1/3}$, mais $b_{us} > a_{us}$, ainsi le choix de modèle européen comme la base sera bloqué par les États-Unis jusqu'au moment quant cet équation sera changer vers la plus positive pour les États-Unis.

Toutefois, il existe deux problèmes dans ce modèle: **le problème distributif** et le **problème d'information**. Si un État peut calculer précisément les effets distributifs d'une réduction tarifaire (qui est mesure quantifiable visée à un secteur spécifique) ou la suppression d'une subvention à l'exportation (également mesurables et prévues pour les entreprises spécifiques), il est beaucoup plus compliqué d'essayer de prévoir qui gagnerait et qui perdrait dans le cas de la conclusion d'accord international sur la concurrence.⁶⁸² Ainsi, on est confronté au *problème distributif*: il n'est pas possible de savoir avec un degré important de certitude qui et comment gagnera pour sûr et certain en cas de la conclusion d'un tel accord et quels seront les coûts. Les acteurs peuvent prévoir les gains, les pertes et les coûts, mais il ne paraît pas possible de calculer toutes les dépenses et, probablement, de chaque acteur en cas de la conclusion d'un accord international. On croit aux bienfaits immenses d'un droit international de la concurrence (décrits auparavant), mais il paraît très difficile de les quantifier et, en plus, s'assurer que chaque acteur profiter autant que l'autre. Toutefois, *le problème d'information* exige un échange entre les acteurs de l'information concernant leurs choix préférés et la coopération suivante basée sur une telle information ce que est très difficile d'atteindre dans le monde réel de la politique. On peut déduire que ces deux problèmes mangeurs, prenant en compte leur importance, empêchent de manière significative l'adoption d'un accord international sur droit de la concurrence, et à la fin des comptes le développement du droit international de la concurrence.

Cependant, le modèle suivant représente une situation inverse : les choix possibles des États tiers et de l'UE s'ils devaient choisir le modèle américain comme la modèle de base pour la politique internationale de la concurrence.

⁶⁸² Anu BRADFORD, *International Antitrust Negotiations and False Hope of the WTO*, op.cit.,p.423.

Figure 4. Coordination Game with Distributional Consequences

(Le Jeu de la Coordination avec les Conséquences Distributives)

		EU	
		EUm	USAm
E 1/3	EUm	$b_{eu}; a_{1/3}$	$>0 ; 0$
	USAm	$>0 ; 0$	$a_{eu} ; b_{1/3}$

Explication de la Figure 4:

Les acteurs : l'Union européenne (EU) et les États tiers (sauf les États-Unis)⁶⁸³

Les choix : modèle européen du droit de la concurrence comme la base de coopération internationale (EUm) ; modèle américain du droit de la concurrence comme la base de coopération internationale (USAm).

Comme dans la Figure 3, on suppose que pour les États tiers le choix d'un modèle de droit, même dans le cas de choix par l'UE le modèle opposé, donne un résultat positif, comme elles obtiennent un de systèmes de normes concurrentielles. Néanmoins, selon notre hypothèse même si un tel choix >0 il est $< a_{1/3}$ ou $b_{1/3}$.

$b_{eu} (= \pi_{eu})$ = Le profit pour l'UE dans le cas de choix du modèle européen ; $a_{eu} > 0$

$a_{1/3} (= \pi_{1/3} - d_{1/3})$ = Le profit pour l'État tiers dans le cas de choix du modèle européen ;
 $a_{1/3} > 0$

$a_{eu} (= \pi_{eu} - d_{eu})$ = Le profit pour l'UE dans le cas de choix du modèle américain ; $b_{us} > 0$

$b_{1/3} (= \pi_{1/3} - d_{1/3})$ = Le profit pour l'État tiers dans le cas de choix du modèle américain ;
 $b_{1/3} > 0$

⁶⁸³ Pour la (non)coopération entre les États-Unis et l'UE voir la Figure 5.

Les solutions pour ce modèle sont les mêmes comme pour le Figure 3. Ainsi, si $b_{eu} > a_{eu}$ et si $a_{1/3} > b_{1/3}$ les acteurs vont choisir le modèle européen de droit de la concurrence comme le modèle de base pour la coopération internationale. Toutefois, si à l'inverse $a_{eu} > b_{eu}$ et $b_{1/3} > a_{1/3}$ – le modèle choisi sera le modèle américain. Selon notre supposition la première équation correspond plus à la situation réelle. Dans ce cas particulier on a les mêmes *problèmes : distributif et d'information* que dans le modèle analysé auparavant (voir Figure 3), ce que empêche finalement la coopération plus étroite entre les pays et l'adoption le même modèle du droit de la concurrence dans le monde entier.

Après avoir analysé le comportement des États tiers et leur choix pour ou contre la coopération internationale basée sur le modèle du droit et de la politique de la concurrence américains ou européens, le modèle visé à expliquer la (non)coopération entre les États-Unis et l'UE est présenté.

Figure 5. Pure Coordination Game.

		USA	
		Coopérer	Ne pas coopérer
EU	Coopérer	2 ; 1	0 ; 0
	Ne pas coopérer	0 ; 0	1 ; 2

Les acteurs : l'Union européenne (EU) et les États-Unis (USA).

Les choix : coopération au niveau international dans le domaine du droit de la concurrence (coopérer), l'absence de telle coopération (ne pas coopérer). On parle ici plutôt de la coopération que de la coordination, comme les deux acteurs ont déjà leurs systèmes du droit de la concurrence bien développés et, comme on a mentionné auparavant, même en cas de la conclusion d'un accord international sur la concurrence et la coopération très étroite et avancée les États-Unis peuvent toujours faire les arrangements pour protéger leurs intérêts et s'assurer que le niveau de la protection des consommateurs et du marché ne soit pas baissé.

Il était décidé d'utiliser pour ce modèle les chiffres et non pas les signes en vue de montrer le plus clairement la dynamique de la situation. Il faut souligner toutefois que les points 1 et 2 ne représentent pas la valeur réelle de gains de l'UE ou d'États-Unis en cas de (non)coopération.

Selon cette recherche il est plus difficile pour les États-Unis de choisir la coopération comme le type de comportement comme il est très probable qu'une telle coopération internationale reprendra le droit européen de la concurrence comme la base pour la politique concurrentielle internationale. Néanmoins, comme montrent les modèles au-dessus la coopération (la coordination pour les États tiers) peut être le choix

économiquement raisonnable, si on trouve une balance des intérêts de chacun (ce que fait déjà l'OMC chaque fois quand un nouveau pays est accepté dans l'organisation ou un nouvel accord est conclu).

Toutefois, il faut souligner encore une fois que tous les modèles présentés et analysés ci-dessus représentent les situations les plus simples, ils ont été utilisés pour montrer la dynamique sur l'arène internationale, ils peuvent aussi servir comme le fondement pour la recherche économique, et probablement économétrique, plus sophistiquée. Cependant, on espère que grâce à ces modèles simples les questions compliquées concernant la coopération internationale dans le cadre du droit et de la politique de la concurrence sont devenues plus claires.

En guise de conclusion...

115. L'effet de réseau (« Network effet ») et un droit international de la concurrence.

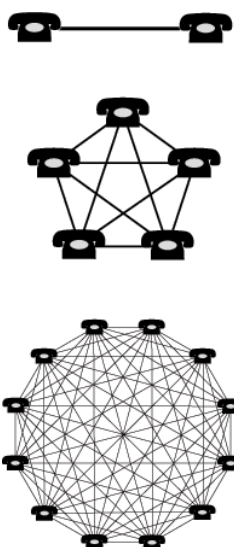
En épilogue à cette discussion basée sur les théories économiques et juridiques visant à montrer la nécessité de la coopération internationale plus étroite dans le domaine du droit de la concurrence, on peut se poser la question de savoir pourquoi les États tiers tentent d'adhérer au modèle de droit antitrust américain ou au modèle de droit européen de la concurrence.

Une de réponses à cette question se trouve dans **la théorie de l'effet de réseau**. Les réseaux représentent des groupes d'installations ou/et de règles qui facilitent le contact entre les utilisateurs d'un bien ou un service («les membres du réseau») et permet, ainsi, de réaliser et profiter les effets de réseau. Les effets de réseau sont des phénomènes qui se produisent lorsque l'utilité d'un bien ou un service à un utilisateur individuel augmente quand les autres personnes commencent à l'utiliser.⁶⁸⁴

Figure 6⁶⁸⁵. Loi de Metcalfe⁶⁸⁶.

⁶⁸⁴ Amitai AVIRAM, *A Paradox of Spontaneous Formation : The Evolution of Private Legal Systems*, op. cit., p.5.

⁶⁸⁵ Diagram showing the network effect in a few simple phone networks. Lines represent potential calls between phones. Created by Derrick Coetzee in Adobe Illustrator and Photoshop. Its creator irrevocably releases all rights to the image and grants it into the public domain. Source:http://en.wikipedia.org/wiki/Image:Network_effect.png, http://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/0/0d/Network_effect.png, 01.02.2011.



« Deux téléphones peuvent faire une seule connexion, cinq peuvent faire 10 connexions, et douze - peuvent faire 66 connexions ».⁶⁸⁷

Ainsi, plus y a de personnes utilisant le même réseau (c'est-à-dire aussi de mêmes règles, mêmes standards) plus chaque participant ayant la possibilité de se connecter avec plusieurs autres membres de réseau qui ont tous les mêmes règles de jeux profite du réseau. S'il existe déjà un réseau assez vaste (comme le réseau d'États appliquant les standards européens ou américains dans le domaine de la régulation de la concurrence), le réseau profitera des nouveaux venus et les adhérents profiteront tout de suite tous les avantages d'un tel réseau. Conséquemment, il est absolument logique que les États essayent de participer aux réseaux déjà existants et de ne pas en créer de nouveaux, dans la mesure où une telle création a une forte probabilité d'être contreproductive.

116. Les agences d'État comme acteurs principaux dans le cas de la coopération internationale. A la fin de cette analyse il faut mentionner aussi que nous approuvons la position de Daniel W. Drezner (Université de Chicago) selon laquelle le rôle des agences d'États (la Commission européenne, la *Federal Trade Commission (FTC)* et *Department of Justice (DoJ)* dans le cas d'espèce) est très important dans le cadre de la coopération internationale, particulièrement dans le domaine du droit de la concurrence, le rôle que jouent de tels organes est souvent sous-estimé ou non analysé dans la littérature sur le sujet. Le professeur Drezner affirme que ce sont les gouvernements qui constituent les acteurs

⁶⁸⁶ La **Loi de Metcalfe** est une loi théorique et empirique stipulant que l'utilité d'un réseau (surtout téléphonique, celle d'Internet, etc.) est proportionnelle au carré du nombre de ses utilisateurs. Robert M. METCALFE, David R. BOGGS, *Ethernet: Distributional Packet Switching for Local Computer Networks*, Xerox Palo Alto Research Center, Palo Alto – California, 1975, pp.39; Robert M. METCALFE, *Packet Communication*, Annabooks/ Rtc Books, 1996, p.224.

⁶⁸⁷ Ibidem.

essentiels sur l'arène mondiale. Dans le cas analysé, il serait correct de dire que la Commission européenne (DG Concurrence) et la FTC, de concert avec le DoJ, sont les deux acteurs principaux dans les jeux euro-américains dans le domaine de la politique de la concurrence.⁶⁸⁸

Ainsi, il n'est pas impossible d'imaginer des modèles des jeux expliquant les choix de la Commission et de la FTC avec DoJ pour ou contre la coopération internationale plus étroite et la création d'un droit international de la concurrence. On se limite dans le cadre de la présente recherche aux modèles des jeux imitant les comportements des États, mais les études futures peuvent essayer d'analyser les choix des agences d'États dans le cadre de la coopération de la concurrence au sein de la politique et du droit de la concurrence.

⁶⁸⁸ Voir Daniel W. DREZNER, *Globalization, harmonisation, and competition: the different pathways to policy convergence*, *Journal of European Public Policy*, 12:5, October 2005, pp. 841-859.

Titre II. LES DROITS NATIONAUX DE LA CONCURRENCE D'ÉTATS TIERS SUR LA BASE DU MODÈLE EUROPÉEN.

117. L'échec des efforts consentis pour conclure un accord international sur la concurrence dans le cadre de l'OMC, conjugué à l'évidente nécessité d'un tel accord, pousse l'UE à une coopération plus étroite dans le domaine du droit de la concurrence avec les pays tiers.

Les deux exemples le plus frappants de la promotion du modèle européen du droit de la concurrence nous sont fournis par les cas de coopération de l'UE avec la Chine et avec la Russie. C'est pour cette raison que l'on a choisi ces deux pays, comme exemple des pays choisissant le modèle du droit européen de la concurrence comme base de leur propre droit national de la concurrence, à analyser dans cette recherche.

Il est aussi intéressant à noter que la Chine est le premier importateur vers l'UE (292 070,9 millions d'euro ou 17,3%) et que la Russie vient en deuxième place 2 (198 178,2 millions d'euro ou 11,8 %) ce qui explique le vif intérêt de l'UE à ce que les sociétés chinoises et russes exportant leurs produits et services (dans ces deux cas il y a évidemment plus d'exportations des produits que des services) obéissent aux mêmes normes essentielles du droit de la concurrence que les entreprises européennes.⁶⁸⁹

Ces deux pays représentent aussi des partenaires majeurs d'exportation de l'UE : ainsi la Chine est le deuxième plus grand partenaire (136 216,9 millions d'euro ou 8,9 % tout de suite après les Etats-Unis à qui l'UE exporte le plus) de l'UE et la Russie est le quatrième plus grand partenaire (108 448,9 millions d'euro ou 7,1 %).⁶⁹⁰

La Russie et la Chine figurent aussi parmi les partenaires commerciaux les plus importants (428 287,8 millions d'euro ou 13,3 % pour la Chine qui est le deuxième plus grand partenaire commercial de l'UE et 306 627,1 millions d'euro ou 9,5 % pour la Russie, que est le troisième partenaire commercial le plus important de l'UE).⁶⁹¹

L'activité commerciale si active entre l'UE et ces deux pays peut être aussi un des facteurs incitant l'UE à exporter son droit de la concurrence dans ces États tiers et la volonté de la Chine et de la Russie de l'importer, car les intérêts commerciaux et économiques de

⁶⁸⁹ DG Trade Statistics, <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/bilateral-relations/countries/china/> 21.05.2012.

⁶⁹⁰ Ibidem.

⁶⁹¹ Ibidem.

ces trois acteurs sont fortement liés l'un à l'autre, et la seule solution également profitable auxdits acteurs est de jouer selon les mêmes règles.

Il est aussi important de noter que ni en Russie ni en Chine il n'est possible de faire le business efficacement sans connaître le contexte politique et économique, auquel s'ajoutent souvent des facteurs à l'échelle sub-nationale (celle des régions, des communes), lequel contexte peut être très différent de celui connu des Européens. Néanmoins, on croit qu'il est possible d'avoir les règles essentielles de la concurrence partout, y compris les marchés très spécifiques (comme ceux de la Chine et de la Russie qui ne peuvent être intégralement qualifiées d'économies de marché), et que l'UE, en promouvant ses idées du droit de la concurrence, aide non seulement les entreprises européennes, mais aussi toutes les entreprises du monde en créant en quelque sorte une zone d'homogénéité des règles sur la concurrence.

Ainsi, dans le cadre de ce titre on présente deux chapitres : le premier consacré à la coopération renforcée de l'UE avec la Chine et le deuxième à la coopération renforcée de l'UE avec la Russie.

Chapitre 1. La coopération entre l'UE et la Chine dans le domaine du droit de la concurrence.

*« Chacun d'entre nous deux est étranger ici
Chacun isolé
Qu'importe si nous venons de nous rencontrer
Si nos cœurs comprennent ? »
Bai Ju Yi.*

118. Dans le cadre de ce chapitre, on analysera la coopération entre l'UE et la Chine dans le domaine du droit et de la politique de la concurrence. On a déjà noté que les relations commerciales entre l'UE et la Chine sont très actives et se développent vite. Ainsi, en 2011 l'UE a exporté 136,2 milliards d'euro des produits en Chine ce qui constitue une augmentation de 20 % par rapport à 2010. En même temps, l'UE a importé des produits chinois pour un montant de 292,1 milliards d'euro, soit 3 % plus qu'en 2010. L'EU exporte aussi 22,3 milliards d'euro de services en Chine et elle importe 16,3 milliards d'euro de services chinois.⁶⁹²

L'UE importe de la Chine principalement des biens industriels : équipement industriel et transport et divers produits manufacturés. L'UE exporte en Chine aussi principalement des biens industriels : équipement industriel et transport, divers produits manufacturés et les produits chimiques.⁶⁹³ On voit que les relations commerciales entre la Chine et l'UE sont assez équilibrées et se développent vite.

Ainsi, l'intérêt de l'UE vers la Chine (et vice-versa) est bien compréhensible.

Comme on l'a mentionné auparavant, l'adoption par la Chine en 2007 de sa première loi concurrentielle suite à la coopération très étroite entre les autorités chinoises et la Commission européenne⁶⁹⁴ représente un des exemples les plus remarquables de « l'exportation » du droit européen de la concurrence.

⁶⁹² DG Trade Statistics, <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/bilateral-relations/countries/china/> 25.05.2012.

⁶⁹³ Ibidem.

⁶⁹⁴ Il y eu lieu aussi la coopération avec FTC, DoJ et American Bar Association, mais comme on verra plus tard dans le chapitre c'est le modèle européen du droit de la concurrence qui a influencé la version chinoise le plus.

Par conséquent, dans la première section du chapitre on examinera le processus de telle coopération et l'histoire de l'adoption de la première loi sur la concurrence en Chine. Ensuite, on essayera d'étudier les conséquences économiques de cette loi et de la coopération sino-européenne en général, ce qui est sans doute plus important pour les entreprises, et peut aussi prouver (ou non) les bienfaits de l'adoption du droit de la concurrence dans les pays où ce droit n'existait pas jusqu'à récemment.

Par conséquent, le chapitre est divisé en deux sections : *Section 1. La coopération sino-européenne pendant l'adoption de la Chinese Antimonopoly Law* et *Section 2. Les conséquences économiques pour les entreprises européennes et chinoises de l'adoption de LAM*.

Section 1. La coopération sino-européenne pendant l'adoption de la Chinese Antimonopoly Law.

L'adoption de la première loi chinoise en 2007 sous le nom de *Chinese Antimonopoly Law* (ou la *Loi antimonopolistique chinoise*, ci-après LAM)⁶⁹⁵ est devenue possible grâce à l'aide substantielle de la Commission aux autorités chinoises. C'était un résultat très attendu de la coopération conjointe.

§ 1. La coopération sino-européenne.

119. La déclaration du début du dialogue sur la concurrence entre l'UE et la Chine a été signée le 24 novembre 2003. Le dialogue était organisé dans le cadre de la Déclaration Conjointe (*Joint Statement*) adoptée pendant le Sommet entre l'UE et la Chine le 5 septembre 2001, dans laquelle la politique de la concurrence a été mentionnée comme une des sphères où le dialogue entre la Chine et l'UE doit être renforcé.

⁶⁹⁵ Le texte de la loi en français est disponible en annexe à l'article de Dominique BRAULT et Julienne CHANG, *La loi antimonopoles de la République populaire de Chine. Simple façade ou nouvel outil de développement?*, Revue Lamy de la Concurrence, N°14, Janvier - Mars 2008, pp.156-165. Le texte de la loi en anglais est disponible sur http://www.china.org.cn/government/laws/2009-02/10/content_17254169.htm , 15.04.2012. Un texte bilingue anglais-chinois de la LAM et certains autres actes normatifs sont aussi disponibles dans l'annexe au livre de H. Stephen HARRIS Jr., Peter J. WANG, Yizhe ZHANG, Mark A. COHEN, Sébastien J. EVRARD, *Anti-monopoly Law and Practice in China*, Oxford, NY, 2011, 574p.

Le 6 mai 2004, le Ministère de la Commerce de la Chine et le DG Concurrence ont conclu un accord sur le dialogue structuré sur la concurrence, les parties ont signé des « Termes de référence du dialogue politique UE - Chine de la concurrence » (*Terms of Reference of the EU - China Competition Policy Dialogue*).

Les buts primaires du Dialogue étaient d'établir un forum permanent pour les consultations et la transparence entre les deux parties, et de renforcer l'assistance technique de l'UE à la Chine en matière de droit de la concurrence.⁶⁹⁶

Comme on peut observer, le travail de ce mécanisme a été couronné de succès, puisqu'il a permis d'adopter finalement la LAM, la première loi chinoise sur la concurrence.

Néanmoins, l'assistance de l'UE aux autorités chinoises ne s'est pas arrêtée à ce point positif crucial.

Dans le cadre de la coopération continue la conférence sino-européenne sur l'application de la LAM a été organisée à Dailan en Chine les 11-13 mai 2009 (*EU – China Conference on Anti-Monopoly Law*). Il est prévu qu'un tel événement sera organisé tous les deux ans en vue de continuer les consultations entre les autorités concurrentielles chinoises et européennes. On n'a pas d'information concernant l'organisation de la deuxième conférence sur seulement le droit de la concurrence comme celle de Dailan. Toutefois, en 2010 la conférence sur les relations entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle (*EU-China conference on the interface between Competition and Intellectual Property Law*, 10-11 juin 2010) a été organisée à nouveau à Dailan.⁶⁹⁷

L'UE croit que une coopération active bilatérale entre les autorités concurrentielles représente une valeur incontestable : une telle coopération permet d'apporter des réponses coordonnées plus efficaces aux pratiques anticoncurrentielles, que ce soit en évitant les conclusions divergentes dans les cas transfrontaliers, ou en organisant des activités d'application coordonnée - par exemple, sur des inspections ou des voies de recours. L'UE a déjà développé un tel type de coopération avec quelques juridictions matures du monde (Etats-Unis, Canada, Japon), et, dans le cadre de la coopération, leurs approches sur la régulation des fusions et sur les questions issues du droit de la concurrence en général ont

⁶⁹⁶ *EU to enhance competition policy co-op with China*, Xinhua, Updated : 2007-09-05 21:43, http://www.chinadaily.com.cn/china/2007-09/05/content_6083848.htm , EU, AmCham-China Welcome China's Antimonopoly Law, Xinhua New Agency, September 1, 2007.

⁶⁹⁷ http://www.ipr2.org/index.php?option=com_content&view=article&catid=101:-enforcement&id=1204:eu-china-conference-on-the-interface-between-competition-and-intellectual-property-law&Itemid=84 25.05.2012

connu une croissance très similaire. C'est ce type de la coopération que l'UE voudrait développer avec la Chine.⁶⁹⁸

Comme on l'a déjà mentionné auparavant, depuis 2004, la DG Concurrence a établi un Dialogue sur la concurrence permanent avec la Chine, par le biais duquel l'UE fournit une assistance technique à la Chine en matière de droit de la concurrence. Par la suite, un mémorandum a été signé par le Département américain de la justice (DoJ US), la *Federal Trade Commission* (FTC) et la Chine le 27 juillet 2011, dans le but de promouvoir le dialogue sur le droit de la concurrence et la coopération entre les deux pays.⁶⁹⁹

Il est ainsi vrai que la Chine a coopéré et continue à coopérer avec les Etats-Unis en même tant qu'avec l'UE concernant sa politique de la concurrence et le développement de son droit de la concurrence.⁷⁰⁰ Néanmoins, il est évident que, particulièrement grâce à ses préférences vers le modèle du droit de la concurrence plus administratif (c'est-à-dire avec moins de participation directe des tribunaux au cours de l'application), la Chine a choisi le modèle du droit de la concurrence beaucoup plus pro-européen que pro-américain. On peut supposer aussi que, probablement, certaines préférences politiques et économiques ont influencé un tel choix, car la Chine et les Etats-Unis sont vus depuis longtemps comme rivaux.

§ 2. L'influence du droit européen de la concurrence sur la LAM.

120. Ainsi, la loi antimonopolistique (LAM) chinoise de 2007 reflète l'influence du modèle européen du droit de la concurrence comme celle de son équivalent américain⁷⁰¹; cependant que les emprunts au droit européen sont plus substantiels, comme le démontrent ses dispositions sur les accords contraires à la concurrence, les abus de position dominante, et les concentrations, lesquelles font écho aux articles 101 et 102 TFUE et au

⁶⁹⁸ *EU – China Trade Project, EU-China Conference on Anti-monopoly Law*, 11-13 May 2009, Dalian, Liaoning Province, China. Conference documentation.

⁶⁹⁹ Voir Quinlan WU, *EU-China Competition Dialogue: A New Step in the Internalisation of EU Competition Law?*, *European Law Journal*, Vol.18, N° 3, May 2012, pp. 461-477, publié la première fois sur Internet 12.04.2012 sur <http://onlinelibrary.wiley.com>

⁷⁰⁰ Voir, par exemple, *Joint Submission of the American Bar Association's Sections of Antitrust Law and International Law on the Proposed Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China*, 15 July 2003 and *Joint Submission of the American Bar Association's Sections of Antitrust Law, Intellectual Property Law and International Law on the Proposed Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China*, 19 May 2005.

⁷⁰¹ Ainsi, l'article 2 de l'AML utilise la théorie de l'effet pour condamner les comportements anticoncurrentiels adoptés hors de Chine. Toutefois, comme c'était dit tout au long de la thèse la Cour de Justice et Tribunal utilisent la théorie de l'effet sans la nommer ou au minimum ils utilisent l'approche basée sur cette théorie (voir les chapitres 1 et 2 du Titre I de la première partie de la thèse).

Règlement sur les concentrations. Les récents développements juridiques en relation avec la LAM, notamment en matière de législation secondaire, ont établi encore plus nettement que le modèle européen est désormais la référence dominante pour le droit de la concurrence chinois.⁷⁰²

Les buts du droit européen de la concurrence sont multiples ; ils comprennent entre autres, l'efficacité du marché européen et son intégration par le truchement de la libéralisation du commerce à l'échelle régionale.⁷⁰³ Cette particularité fait la fierté du droit européen, et elle a incité l'UE à promouvoir, à la fois au niveau bilatéral (l'UE a établi une coopération bilatérale avec 85 régimes de concurrences différents (voir le Chapitre 2 du Titre 1 de la thèse) et au niveau multilatéral, l'internationalisation du droit de la concurrence, dans la mesure où celui-ci joue un rôle éminent positif dans l'élimination des barrières non-étatiques et la favorisation de l'accès au marché.⁷⁰⁴

Cependant, ces dernières années, l'UE et la Chine ont conclu une série de traités pour renforcer leur coopération économique, notamment l'Accord commercial entre la CEE et la Chine de 1978, l'Accord sur le commerce et la coopération de 1978, celui de 1985 et les Partenariats stratégiques de 2004. En 2007 commencèrent les négociations en vue d'aboutir à un PCA entre UE et Chine et les deux parties se sont entendues pour accélérer ces négociations à l'occasion du douzième sommet sino-européen tenu à Nankin (Chine).⁷⁰⁵

Dans ce cadre, l'UE et la Chine ont mis en place 24 dialogues et accords sectoriels, dans des domaines allant de la protection de l'environnement à la politique industrielle et à l'éducation et la culture. L'un des buts de cette activité est de servir d'outil pour l'apprentissage réciproque et le transfert de connaissance, mais ces accords visent aussi à établir la coopération, à stimuler le développement de politiques, à faciliter l'accès aux marchés et à améliorer la discussion sur certains sujets sensibles.⁷⁰⁶

En particulier, le dialogue sur la concurrence mis en place en 2004 à la suite du sommet sino-européen de 2001 possède trois caractéristiques remarquables.

En premier lieu, le dialogue est une structure permanente et institutionnalisée et met les deux parties sur un pied d'égalités, tout en ne créant d'obligation juridique pour aucune. Ses propos liminaires précisent qu'il vise à créer un forum permanent de consultation et de

⁷⁰² Quinlan WU, *EU-China Competition Dialogue*, op.cit., p.462.

⁷⁰³ Voir E. SZYSZCZAK, *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Hart, 2007, p. 29.

⁷⁰⁴ Quinlan WU, *EU-China Competition Dialogue*, op.cit., p.463.

⁷⁰⁵ Ibidem p. 466.

⁷⁰⁶ Voir F. SNYDER, *The European Union and China, 1949-2008*, Hart, 2010, p. 768.

transparence entre Chine et UE sur les règles et politiques de concurrence et de faciliter l'assistance technique fournie par l'UE à la Chine. Par ailleurs, le dialogue prévoit que les décisions seront prises par consensus et que chaque partie supportera ses propres coûts. C'est la première fois que cette forme de dialogue a été utilisée par l'UE dans le cadre du développement international du droit de la concurrence. Sa nature informelle et non-obligatoire permet plus de souplesse et de praticité, tandis que sa nature permanente révèle le désir de l'UE de s'associer avec la Chine sur le terrain de la concurrence.⁷⁰⁷

Ensuite, le dialogue prend uniquement place entre les autorités de concurrence européenne et chinoise. Du côté européen, on sait que la DG concurrence avec les autorités nationales de la concurrence (ANC) des Etats-membres forment le Réseau européen de la concurrence (REC), ensuite, les ANC et la Commission européenne appliquent le droit européen de la concurrence et la coopération très étroite et efficace se passe au sein du REC (voir les Chapitres 1 et 2 du Titre I de la thèse). Quant à la LMA chinoise, la loi est appliquée par la Commission nationale de développement et de réforme (CNDR), l'Administration d'Etat de l'industrie et du commerce (AEIC) et le Ministère du Commerce (MOFCOM), sous la coordination de la Commission gouvernementale nationale antimonopolistique. Selon les termes du dialogue, la DG Concurrence est le seul intermédiaire de contact européen pour la Chine, et la Direction « Développement de la politique » et la division du MOFCOM pour les Traités et la loi sont responsables de la coordination dudit dialogue ; celui-ci étant dirigé conjointement par des représentants de haut niveau désignés par chaque administration.⁷⁰⁸

Enfin, le Dialogue se structure autour de conférences et d'ateliers auxquels participent des représentants de l'UE et de la Chine, et jusqu'à présent, ces réunions se sont concentrés sur les questions de concurrence, dans la mesure où le glossaire du Dialogue prévoit qu'elles se doivent de traiter, entre autres, des régulations antimonopolistiques, du contrôle des concentrations, de l'échange d'expérience entre les autorités de concurrence sur la promotion de la concurrence, de l'échange de points de vue sur le droit de la concurrence, de la libéralisation sectorielle et de l'intervention étatique, et enfin de l'échange de points de vue sur les *hard-core cartels* (« ententes injustifiables »).⁷⁰⁹

Les autorités chinoises affirment que le Dialogue a directement influencé le développement de la LAM. Comme nous l'avons vu précédemment, la LAM s'inspire en effet

⁷⁰⁷ Quinlan WU, *EU-China Competition Dialogue*, op.cit., p.466.

⁷⁰⁸ Ibidem. p.467.

⁷⁰⁹ Ibidem.

grandement du droit européen de la concurrence, puisqu'elle prévoit de réguler les accords anti-concurrentiels, les abus de position dominante et les concentrations ; de surcroît, la LAM limite les abus de pouvoir étatique qui restreignent la concurrence, en particulier ceux qui brident le commerce inter-régional à l'intérieur de la république populaire.⁷¹⁰

I. L'influence européenne sur la notion des accords monopolistiques dans la LAM.

120.1. A l'instar des droits de nombreuses autres juridictions, le chapitre 2 de la LAM interdit les accords entreprises dotés d'effets négatifs sur la concurrence. Ces dispositions s'inspirent largement du droit européen malgré l'existence de quelques différences (lesquelles sont peut-être involontaires⁷¹¹).

L'article premier de la loi présente l'objectif de celle-ci : empêcher et interdire les « comportements monopolistiques », lesquels comprennent « les accords monopolistiques entre entreprises », définis par l'article 13 comme « les accords, décisions ou autres pratiques concertées qui éliminent ou restreignent la concurrence ». Les articles 13 et 14 font état d'une liste non-exhaustive d'accords prohibés entre entités concurrentes et partenaires commerciaux, respectivement. L'article 15 contient une série d'exemptions. Les sanctions peuvent être à la fois de nature administratives (amendes et injonctions de cesser la pratique incriminée) et civiles.⁷¹²

Ainsi, on perçoit clairement l'influence du droit européen.

L'AEIC et la CNDR sont toutes deux compétentes pour appliquer et faire respecter la LAM, bien que la limite exacte de leurs compétences respectives ne demeure encore floue.

De surcroît, la Loi sur les prix et la Loi anti-concurrence déloyale (LACD), toutes deux antérieures à la LAM, interdisent les pratiques collusives. Au contraire de ces deux lois, cependant, la LAM interdit ces pratiques dans le cadre d'un droit de la concurrence dont les buts comprennent l'amélioration de l'efficacité économique.⁷¹³

⁷¹⁰ Articles 32-37 LAM.

⁷¹¹ Par exemple, outre la distinction entre accords entre concurrents et accords entre partenaires commerciaux et la liste indicative d'accords prohibés (voir *infra*, toutes deux ignorées de l'article 101 TFUE), les motifs d'exemption diffèrent, et les accords incriminés ne sont pas automatiquement annulés par l'effet de la LAM (quoiqu'il paraisse que cette annulation soit prévisible sur le fondement des articles 52 et 329 de la Loi chinoise sur les contrats)

⁷¹² H. Stephen HARRIS Jr. et les autres, *Anti-monopoly Law and Practice in China*, *op.cit.*, p.59 et suivantes.

⁷¹³ Ibidem.

Il est capital de noter que la LAM n'adopte pas explicitement la règle *per se* ni la règle de raison, typiques de l'approche américaine. On ne peut prévoir avec certitude si ces notions ne seront jamais utilisées, mais les exemptions énumérées à l'article 15 LAM laissent accroire que le législateur a suivi une approche intellectuelle proche de celle de la règle de raison, en prenant en considération l'éventuel effet positif des accords monopolistiques.⁷¹⁴

II. L'influence européenne sur la notion de la LAM: les accords monopolistiques interdits entre concurrents.

120.2. Comme précédemment indiqué, la LAM fournit en son article 13 une liste d'accords interdits entre concurrents, sans toutefois définir la notion d'entreprises concurrentes. Cette liste comprend les accords sur la fixation des prix, les accords en vue de restreindre la production, les accords visant à répartir le marché entre les concurrents, et les accords pour restreindre l'achat ou le développement de nouvelles technologies ou nouvelles installations. Cette dernière catégorie retient tout particulièrement l'attention. La disposition, contenue à l'article 13 (4) de la LAM ressemble fort à l'article 101(1)(b) TFUE, lequel interdit les accords qui peuvent « limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ». Il faut bien voir que, bien que les accords de licence restreignant la concurrence soient interdits par l'article 101 TFUE, la Commission européenne a reconnu que, dans la plupart des cas, de tels arguments sont également parés d'effets pro-concurrentiels qui surpassent leurs effets anticoncurrentiels. L'UE a par ailleurs adopté un Règlement d'exemption à des catégories d'accords de transfert de technologie qui crée un bouclier légal lorsque par exemple, aucune des parties concernées n'a une part de marché supérieure à vingt pour cent si les parties sont des concurrents (trente pour cent sinon). L'article 13 (5) censure également les accords tendant à organiser un boycott, puis l'article 13 (6) conclut que d'autres accords peuvent tomber sous le coup de l'article 13. Ces accords peuvent être identifiés par l'AIEA et la CNDR. L'acuité du problème résulte en partie de ce qu'une telle détermination est nécessairement rétroactive. Enfin, les fraudes aux appels d'offre (*bid-rigging* dans la traduction anglaise officielle) sont également interdites.⁷¹⁵

⁷¹⁴ Ibidem.

⁷¹⁵ H. Stephen HARRIS Jr. et les autres, *Anti-monopoly Law and Practice in China*, op.cit., p. 68.

III. L'influence européenne sur la notion d'entreprise dans la LAM.

120.3. Tout d'abord il faut dire que la LAM fait abondamment référence à la notion d'entreprise. Une réserve s'impose ici : le terme utilisé par la version originale en mandarin est *jigyingzhe*, et bien que la Congrès national du peuple ait traduit officiellement ce mot par l'anglais *undertaking* (entreprise), cette équivalence est jugée inexacte par certains auteurs. Toutefois, le terme est défini comme « toute personne ou autre organisation dont l'activité consiste à produire ou traiter des biens ou de fournir des services », laquelle définition est très similaire à celle fourni par le droit européen, ce qui semble pouvoir clore la controverse. Les associations commerciales et les entreprises d'Etat entrent dans la définition d'entreprise pour les besoins de la LMA (bien que des règles de concurrence différentes sont susceptibles de s'y appliquer), mais les organisations rurales et fermières sont exemptées des dispositions antimonopolistiques.⁷¹⁶

IV. L'influence européenne sur la notion d'accord dans la LAM.

120.4. Selon la LAM sont prohibés « les accords, décisions ou autres pratiques concertées qui éliminent ou restreignent la concurrence ». Cette formulation semble inspirée du droit européen et doit s'interpréter largement. L'article 5 des *Règles CNDR contre les prix monopolistiques* définit les accords monopolistiques comme « les accords, décisions ou autres pratiques concertées entre deux ou entreprises ou plus, sous forme écrite ou orale, qui ont pour effet d'éliminer ou de restreindre la concurrence quant aux prix ». Les *Règles AEIE sur l'interdiction des accords monopolistiques* fournissent une définition analogue. Malgré les apparences, les parties à un « accord monopolistique » ne sont pas nécessairement des monopoles elles-mêmes, et l'accord n'a pas à créer ou à maintenir un monopole pour que l'infraction soit caractérisée.⁷¹⁷

V. Les accords verticaux dans la LAM et l'influence européenne.

⁷¹⁶ H. Stephen HARRIS Jr. et les autres, *Anti-monopoly Law and Practice in China*, op.cit., p.59 et suivantes.

⁷¹⁷ Ibidem.

120.5. Comme dans le cadre du droit européen (voir paragraphes 24.1.2. et s.), les accords verticaux en droit chinois sont considérés comme moins préjudiciables que les accords horizontaux.

L'article 14 de la LAM vise les accords verticaux entre entreprises. Il condamne particulièrement les accords sur le prix à la revente, mais ne fait pas référence à d'autres types de pratiques, tels les accords de distribution exclusive ou autres. Certes, l'article 17 de la LAM sur les abus de position dominante permet de traiter de nombreux accords verticaux, mais tous les accords verticaux anticoncurrentiels ne se caractérisent pas par un tel abus. Toutefois, l'article 14 (3) permet de s'attaquer à « tous les accords monopolistiques tels que déterminés par l'Autorité d'exécution anti-monopole (AEAM). Enfin, l'article 8 des règles AIEA sur l'interdiction des accords antimonopolistiques indique également que les accords verticaux ne portant pas sur les prix sont analysés à travers le prisme de la règle de raison.⁷¹⁸

VI. Exemption d'accords avec effets bénéfiques et l'influence européenne.

120.6. Comme nous l'avons brièvement annoncé plus haut, l'article 15 énonce que certains types d'accords peuvent être exemptés à condition de ne pas substantiellement restreindre la concurrence et de permettre aux consommateurs de bénéficier d'une partie des bénéfices de la pratique. Ce sera à la pratique de préciser si, comme dans la plupart des juridictions, on retient l'effet net (ou le bilan) de la pratique en question, en soustrayant ses effets négatifs à ses effets bénéfiques, pour vérifier si le résultat final est positif ou non, car la lettre de la loi n'est pas claire sur la question.⁷¹⁹

A. Accords de recherche-développement.

120.6.1. L'article 15(1) prévoit des exemptions pour les accords conclus dans le but d'« améliorer des technologies ou se livrer à la recherche et au développement de nouveaux produits ». Cette disposition semble inspirée par l'article 101(3) TFUE, lequel dispose que

⁷¹⁸ H. Stephen HARRIS Jr. et les autres, *Anti-monopoly Law and Practice in China*, op.cit., p.76.

⁷¹⁹ Ibidem. p. 78.

l'interdiction de certains accords en vertu de l'article 101(1) TFUE peut ne pas s'appliquer aux accords ou pratiques concertées qui contribuent à la progression du progrès technique. Cet article doit s'analyser conjointement avec la politique du gouvernement chinois en faveur d'une propriété intellectuelle interne.⁷²⁰

B. Accords améliorant l'efficacité ou harmonisant les spécifications et standards.

120.6.2. L'article 15(2) exempte les accords monopolistiques dans la mesure où « ils améliorent la qualité des produits, réduisent les coûts, et améliorent l'efficacité, harmonisent les spécifications et standards de produit, ou mettent en œuvre la division de la production fondée sur la spécialisation ». Cette exemption semble basée, au moins en partie, sur l'article 101(3) TFUE.

C. Accords impliquant les petites et moyennes entreprises.

120.6.3. L'article 15(3) exempte pareillement les accords améliorant l'efficacité et la compétitivité des petites et moyennes entreprises. La *ratio legis* est que, premièrement, ces accords ne provoquent que rarement un effet substantiel sur le marché et que, deuxièmement, le gouvernement chinois promeut les PME afin de créer des emplois dans les zones rurales comme urbaines, ainsi que rendu manifeste dans la Loi sur la promotion des petites et moyennes entreprises adoptée en 2002.⁷²¹

On trouve la même exemption dans les *Lignes directrices sur les restrictions verticales* de la Commission européenne (voir le Chapitre 1 du Titre I de la thèse), ce que montre encore une fois l'influence importante et directe du droit européen de la concurrence sur le droit chinois.

D. Accords préservant le bien commun.

⁷²⁰ Voir H. Stephen HARRIS Jr. et les autres, *Anti-monopoly Law and Practice in China*, *op.cit.*, p.81 et suivantes.

⁷²¹ Ibidem.

120.6.4. L'article 15(4) préserve les accords monopolistiques conclus dans le but de préserver le bien commun (*public welfare* dans la traduction anglaise officielle), par exemple, en conservant l'énergie, protégeant l'environnement, etc.

On ne trouve pas les dispositions exactement pareilles dans le droit européen, mais la notion d'intérêt public existe aussi au sein du droit européen. Toutefois, cette norme chinoise en question rassemble plutôt les normes du droit russe concernant les monopoles naturelles (par exemple, le monopole du gaz), ce que est assez commun pour les économies transitoires (de l'économie planifiée vers l'économie de marché).

E. Accords de crise.

120.6.5. L'article 15(5) permet d'exempter les accords monopolistiques conclus pour « atténuer une diminution brutale du volume des ventes ou l'accumulation excessive du stock lors de récessions économiques ». Cet article est une invention purement chinoise qui reflète sa situation politique et économique.

F. Cartels d'exportation.

120.6.6. L'article 15(6) autorise les exemptions pour les accords monopolistiques visant à « protéger les intérêts légitimes du commerce international et de la coopération économique internationale ». Pour bénéficier de cette exception, il n'est pas nécessaire de prouver que cet accord ne restreindra pas substantiellement la concurrence ni qu'il bénéficiera aux consommateurs. Cette disposition est assez floue mais semble servir de bouclier pour les cartels d'exportation.⁷²²

Encore une fois, ici on ne voit pas l'influence européenne. Toutefois, les cartels d'exportation étaient connus avant (Webb-Pomerane Act).

G. Autres exemptions énoncées par la loi ou le Conseil d'Etat.

⁷²² Ibidem.

L'article 15(7) permet des exemptions pour les accords conclus dans des buts « énoncés par la loi ou le Conseil d'Etat », ce qui pourrait constituer la base juridique de mécanismes similaires aux exemptions de groupe.

H. L'influence européenne sur la notion d'abus de position dominante dans la LAM.

120.6.6. Les dispositions de la LAM sur l'abus de position dominante s'inspirent principalement de l'article 102 TFUE, bien que leur système de présomptions fondé sur les parts de marché semble plutôt issu du droit de la concurrence allemand, et qu'elles utilisent la notion de dominance collective. Il semblerait que, notamment au vu de la phraséologie utilisée par la LAM elle-même, la méthodologie chinoise soit analogue à celle utilisée par la CJUE et la Commission européenne, caractérisée par une large intervention gouvernementale dans le marché et une politique d'application qui ne se préoccupe pas seulement des intérêts des consommateurs, mais aussi de la préservation de la structure de marché et de la loyauté des comportements concurrentiels. L'abus de position dominante est un des trois types de comportement définis par l'article 3 comme « comportement monopolistique ».⁷²³

Un abus de position dominante requiert cumulativement qu'un opérateur détienne une position dominante sur le marché pertinent et que cet opérateur ait abusé de cette position dominante en adoptant un comportement qualifié d'abusif par la LAM ou l'AEAM.⁷²⁴

L'AIEA et la CNDR ont toutes deux la compétence pour appliquer les dispositions propres à l'abus de position dominante, bien que la frontière de compétences entre les deux autorités reste peu claire. Les abus de position dominante sont sujets à amendes et injonctions administratives et à l'octroi, au civil, de dommages-intérêts.⁷²⁵

I. Le contrôle sur les fusions selon LAM et l'influence européenne.

⁷²³ Voir H. Stephen HARRIS Jr. et les autres, *Anti-monopoly Law and Practice in China*, op.cit., p. 90.

⁷²⁴ Ibidem.

⁷²⁵ Ibidem.

120.6.7. La LAM exige que le MOFCOM considère les éléments suivants lors de l'examen de la fusion :

- Les parts de marchés des entreprises impliquées dans la fusion et leur capacité à contrôler ces marchés,
- Le degré de concentration dans les marchés pertinents,
- Les effets de la transaction proposée sur la facilité d'entrée sur le marché et sur le progrès technologique,
- Les effets de la transaction proposée sur les consommateurs et les autres entreprises,
- Les effets de la transaction proposée sur le développement économique national,
- Les autres facteurs affectant la concurrence sur le marché, tels que déterminés par le MOFCOM.⁷²⁶

Certains de ces facteurs ne semblent pas répondre aux objectifs du droit de la concurrence tels que conçus dans la plupart des autres entreprises – ces facteurs atypiques comprennent notamment la prise en compte des effets sur les autres entreprises (vraisemblablement les concurrents) et le développement économique national.⁷²⁷

Bien que le MOFCOM soit en train de rédiger des directives sur son *modus operandi* quant aux fusions (une nouvelle fois, à l'exemple de l'UE et des Etats-Unis), la seule source actuellement disponible est la jurisprudence, et plus précisément les sept décisions de refus ou d'approbation conditionnelle mentionnées plus haut (les décisions d'approbation inconditionnelle sont dispensées de publication).⁷²⁸

On analysera les décisions de MOFCOM dans la Section 2 du chapitre.

J. Le contrôle sur les concentrations selon la LAM et l'influence européenne.

120.6.8. Le dispositif de contrôle des concentrations en Chine est énoncé par le chapitre 4 de la LAM. Cette matière est, de loin, la plus développée de toutes celles contenues dans la LAM. L'AEAM et le MOFCOM ont activement participé au processus de rédaction de cette portion de la LAM ; en outre, le MOFCOM a acquis une expérience

⁷²⁶ Voir H. Stephen HARRIS Jr. et les autres, *Anti-monopoly Law and Practice in China*, op.cit., p. 158.

⁷²⁷ Ibidem.

⁷²⁸ Ibidem.

importante en la matière à partir de la promulgation en 2003 des *Règles provisoires sur les fusions et acquisitions d'entreprises nationales par des investisseurs étrangers* et en 2006 des *Règles sur les fusions et acquisitions étrangères*.⁷²⁹

Au 30 juin 2010, le MOFCOM a accepté plus de cent cinquante dépôts de procédure en vertu de la LAM, mais le nombre total de demandes à cet effet nous reste inconnu. Quatre-vingt-dix pour cent de ces procédures ont déjà trouvé une réponse : on peut citer notamment une interdiction pure et simple (projet d'acquisition de Huiyuan par Coca-Cola) et six approbations conditionnelles. De ce premier échantillon, on peut donc conclure qu'environ cinq pour cent des procédures se concluent par une interdiction ou par une approbation conditionnelle. Le cas du projet d'acquisition par Coca-Cola est le seul concernant une cible purement chinoise et ayant la plupart de ses activités en Chine ; les approbations conditionnelles avaient trait à des entreprises étrangères.⁷³⁰

Les décisions du MOFCOM laissent encore place à une certaine ambiguïté quant à la réalité des standards et des raisonnements utilisés à l'appui de ses conclusions, mais on note un certain raffinement des décisions avec le temps (notamment un intérêt pour les problèmes non-horizontaux dans l'affaire Coca-Cola et la proposition de scissions hors de Chine dans l'affaire Panasonic-Sanyo). Même dans les cas les plus controversés, les raisonnements semblent similaires à ceux utilisés dans d'autres juridictions avec plus d'expérience en matière de droit de la concurrence, en particulier l'UE et les Etats-Unis.⁷³¹

Les affaires traitées par MOFCOM dans le cadre du contrôle sur les concentrations vont être analysés de manière détaillée plus tard dans le chapitre (voir la Section 2).

§ 3. Les spécificités de la LAM.

121. Comme on l'a déjà dit auparavant, les dispositions essentielles de la LAM s'inspirent du droit européen de la concurrence et, dans une moindre mesure, des droits nationaux des Etats-Unis, et aussi de l'Allemagne, du Japon et d'autres pays. Nombre des objectifs de la LAM sont cohérents avec ceux des législations d'autres juridictions : par exemple, la censure des comportements monopolistiques, la sauvegarde et la promotion

⁷²⁹ Ibidem. p. 125 et suivantes.

⁷³⁰ Ibidem.

⁷³¹ Ibidem.

d'une concurrence juste et équitable, l'amélioration de l'efficacité économique et la protection des intérêts des consommateurs.⁷³²

Cependant, et malgré cette influence à la fois actuelle et appelée à croître encore, la LAM obéit à des considérations propres aux réalités de la République populaire. Par exemple, l'un des buts implicites de la LAM est de réduire les inégalités de revenus entre Chinois, afin de contrecarrer la croyance selon laquelle « *le véritable danger réside dans l'injustice plutôt que dans l'inégalité* ». ⁷³³ Les aspects non-normatifs de la politique concurrentielle chinoise tendent, ainsi, à traiter les aspects de l'économie de transition chinoise qui n'ont pas à proprement parler trait au marché. ⁷³⁴

Ainsi il faut noter que la LAM n'est pas un simple calque du droit européen de la concurrence ; en effet, nombre de ses dispositions sont les fruits du contexte politique, social et économique particulier de la Chine. Par exemple, la clause d'exemption de l'article 15 LAM est beaucoup plus large et laxiste que son équivalent européen, à savoir l'article 101.3 TFUE. En outre, les grands chapitres du droit de la concurrence sont régulés par des entités distinctes. Ainsi, la CNDR se charge des questions de prix anti-concurrentiels, l'AEIC des abus de position dominante et des comportements anti-concurrentiels non liés aux prix, le MOFCOM des concentrations, et la Commission d'Etat antimonopolistique de la coordination des politiques. Cette répartition reprend les compétences qui étaient en vigueur avant l'adoption de la LAM. ⁷³⁵

I. Plusieurs autorités de concurrence.

121.1. Il faut aussi bien voir que la LAM est vague et générale, et que des mesures d'application sont nécessaires pour qu'elle puisse être effectivement appliquée. Le Conseil d'Etat, la CNDR, l'AEIC et le MOFCOM ont déjà rendu publiques des directives et des règles

⁷³² H. Stephen HARRIS Jr., Peter J. WANG, Yizhe ZHANG, Mark A. COHEN, Sébastien J. EVRARD, *Anti-monopoly Law and Practice in China*, Oxford, NY, 2011, p.2-4.

⁷³³ Yong HUANG, *Chinese Antimonopoly Law, Growing Along with Market Economics – Background, Legal Framework and Implementation Outlook*, 1681 PLI/Corp 51, 2008, 19. Il aussi noter que la Banque mondiale a noté en 2005 que le coefficient Gini en Chine avait atteint 0,447 en 2001, bien au-delà de la limite acceptable et que ledit coefficient était en hausse. Par exemple, les 20 pour cent des Chinois les plus pauvres ne représentaient que 4,7% des revenus et de la consommations, les 20 pour cent les plus riches, plus de 50 pour cent.

⁷³⁴ H. Stephen HARRIS Jr. et les autres, *Anti-monopoly Law and Practice in China*, op.cit., p.2-4.

⁷³⁵ Quinlan WU, *EU-China Competition Dialogue...*, op.cit., p.467.

secondaires pour faciliter la régulation, lesquelles incluent notamment la Directive du Conseil d'Etat sur la définition du marché pertinent en date du 7 juillet 2009 (et qui a pris effet à cette date même), le Décret du Conseil d'Etat sur le plancher pour la notification des concentrations du 3 août 2008 (même date d'effet) et la Règle MOFCOM sur la notification des concentrations du 15 juillet 2009. En général, il est remarquable que les normes secondaires chinoises soient similaires à celles originaires du droit européen. Par exemple, la Directive du Conseil d'Etat sur la définition du marché pertinent ressemble fortement au Communiqué de la Commission sur la définition du marché pertinent de 1997.⁷³⁶ Par ailleurs, la plus récente de ces règles secondaires, la Règle de la CNDR sur la régulation antimonopolistique sur les prix et sur la procédure de régulation antimonopolistique sur les prix est un bon exemple de la façon dont le Dialogue influence le développement de la LAM (par le biais de la notion européenne d'abus de position dominante).⁷³⁷

II. L'extraterritorialité de la LAM.

121.2. La LAM peut aussi être appliquée de manière extraterritoriale puisque son article 2 dispose que: « La présente Loi est applicable aux comportements monopolistiques dans le cadre d'activités économiques, sur le territoire de la République populaire de Chine. La présente Loi est applicable aux comportements monopolistiques adoptés en dehors de la République populaire de Chine qui éliminent ou ont pour effet de restreindre la concurrence sur le marché national de la République populaire de Chine ».

Certains auteurs, familiers avec les premières versions de la LAM, ont souligné le besoin d'inclure, au minimum, une condition d'importance matérielle du comportement visé de peur que l'article 2 ne fût utilisé pour appliquer la LAM aux comportements survenus à l'étranger et qui auraient un effet seulement minime sur le marché chinois.⁷³⁸ En dépit de ces commentaires, l'article 2 n'impose pas que l'effet anticoncurrentiel soit direct, substantiel ou prévisible.⁷³⁹

⁷³⁶ JO C372/15 1997 p.15.

⁷³⁷ Quinlan WU, *EU-China Competition Dialogue*, op.cit., p.468.

⁷³⁸ Voir, par exemple, ABA 2005 Comments, note 56. L'ABA suggère que l'application, géographiquement gigantesque, de la LAM permise par l'article 2 (dans la version du 8 avril 2005) peut décourager les investisseurs étrangers et propose un critère d'importance matérielle.

⁷³⁹ H. Stephen HARRIS Jr. et les autres, *Anti-monopoly Law and Practice in China*, op.cit., p. 23.

On voit que le critère de l'effet sur le marché interne est similaire à celui utilisé dans l'UE et aux Etats-Unis, entre autres. Cependant, de nombreux opérateurs ont pu craindre qu'en l'absence de l'exigence d'un critère de rattachement assez fort, de nombreux projets de fusions avec peu de liens avec la Chine ne pourront être mis en œuvre avant le feu vert des autorités chinoises.⁷⁴⁰

III. La manque des précisions au sein de la LAM.

121.3. Une autre spécificité de la LAM est que la loi ne précise que, pour être illégale, une pratique monopolistique doit avoir un effet négatif substantiel sur la concurrence, d'où la question de savoir s'il existe un seuil en-deçà duquel ces pratiques ne pourraient être sanctionnées. A contrario, l'article 15 de la LAM énonce qu'une pratique ne doit pas affecter substantiellement le marché pour bénéficier des exemptions prévues (en plus d'allouer aux consommateurs une partie des bénéfices issus de la pratique monopolistiques). Il est donc communément admis qu'un certain niveau de signifiante sera exigé par les tribunaux et autorités administratives compétentes, ce qui ressemble à la jurisprudence américaine interprétant le Sherman Act qui exigent que les pratiques soient « restrictives des conditions de concurrence de manières irraisonnable » (*unreasonably restrictive of competitive conditions*) pour les accords autres que ceux illégaux *per se*.⁷⁴¹

Ainsi, dans ce cas on voit l'influence américaine sur la LAM, mais la question pourquoi dans ce cas particulier les dispositions de la LAM était inspirées du modèle américain reste sans réponse exacte. On peut supposer que pour le pays sans la pratique d'appliquer le droit de la concurrence plus les dispositions de la nouvelle loi concurrentielle sont larges plus confortables se sent les autorités ayant une large marge de manœuvre et le temps pour s'habituer à la nouvelle situation économique et législative.

IV. Les règles d'acquisition des sociétés chinoises par des entreprises et investisseurs étrangers.

⁷⁴⁰ Ibidem., p. 131.

⁷⁴¹ H. Stephen HARRIS Jr. et les autres, *Anti-monopoly Law and Practice in China*, op.cit., p. 66.

121.4. Le 3 février 2011, le Conseil d'Etat Chinois a adopté de nouvelles règles de concurrence visées à encadrer les projets d'acquisition de sociétés chinoises par des entreprises étrangères *Circular of the General Office of the State Council on the Establishment of Security Review System Regarding Merger and Acquisition of Domestic Enterprises by Foreign Investors, Guo Ban Fa (2011) N°6 (Circulaire relative à la mise en place d'un mécanisme d'examen de sécurité des fusions et acquisitions d'entreprises nationales par des investisseurs étrangers)*⁷⁴².

Ces nouvelles règles de concurrence sont entrées en vigueur le 5 mars 2011 (article 5.6 du Circulaire) et concernent seulement les opérations de concentration susceptibles de soulever des préoccupations de sécurité nationale. Il faut noter, toutefois, que la Chine ne fait pas figure d'exception, comme certains pays (à savoir les Etats-Unis, le Canada, ainsi que l'Australie) disposent déjà les dispositions similaires, bien que le concept de sécurité nationale ne soit pas défini de manière si détaillé. La Circulaire vient, ainsi, préciser les dispositions de la LAM. Le concept de sécurité nationale, que l'on retrouvait déjà à l'article 31 de la LAM, a été entendu très largement car il inclut maintenant non seulement le secteur de la défense nationale, mais aussi ceux de l'agriculture, de l'énergie, des infrastructures et des technologies, dont il faut rappeler qu'ils ne sont pas considérés comme relevant par la plupart des autres pays.⁷⁴³

Toutefois, selon le point 4 de la Circulaire, tout projet de rachat d'entreprise susceptible de relever de la sécurité nationale doit être notifié au MOFCOM qui le transmet à un Comité ministériel, dirigé à la fois par le MOFCOM et par la Commission nationale pour le développement et la réforme (article 3.1 et 3.2 de la Circulaire). L'examen du Comité est divisé en deux phases : la procédure d'examen général et la procédure d'examen « spécifique ».⁷⁴⁴

L'examen général est d'une durée de 30 jours ouvrés durant lesquels le Comité consulte les différents ministères concernés par l'opération. Si le Comité suppose, à la fin de cette période, que l'opération peut avoir un impact sur la sécurité nationale, il commence une seconde phase d'examen « spécifique » de durée maximale de 60 jours (article 4.3). Cet

⁷⁴² http://www.fdi.gov.cn/pub/FDI_EN/law_en_info.jsp?docid=130963 01.04.2011.

⁷⁴³ Voir Thomas PICOT et Julia BOMBARDIER, *Renforcement des règles d'acquisition des sociétés chinoises par des entreprises et investisseurs étrangers*, Revue Lamy de la Concurrence, Avril-Juin 2011, N°27, p.94.

⁷⁴⁴ Ibidem.

étape consiste en une évaluation approfondie de l'opération, étant précisé que les ministères consultés joueront très probablement un rôle majeur durant telle période.⁷⁴⁵

S'il existe un désaccord entre l'avis des ministères concernés par l'opération et le Comité, la circulaire précise que ce dernier doit solliciter l'avis du Conseil d'Etat, qui peut ainsi s'opposer à la réalisation de l'opération s'il estime qu'elle a un impact sur la capacité de production domestique ou encore sur la stabilité économique et sociale du pays.⁷⁴⁶

Cependant, il faut aussi noter que le Comité ministériel est également habilité à solliciter du MOFCOM qu'il mette fin à la transaction ou prenne des mesures spécifiques (telles que des cessions d'actifs), dans le but d'éliminer tout impact potentiel sur la sécurité nationale. La décision finale est, enfin, communiquée au MOFCOM, chargé d'informer les parties de la décision du Comité.⁷⁴⁷

Ces nouvelles règles présentent l'intérêt de contraindre les autorités à se prononcer dans des délais assez courts, pourtant, le pouvoir discrétionnaire dont dispose *in fine* le gouvernement chinois soulève un certain nombre d'inquiétudes du côté des entreprises et investisseurs étrangers souhaitant accélérer au plus vite ses projet de rachat en course.⁷⁴⁸

Les récentes affirmations d'un porte-parole de la Commission nationale pour le développement et la réforme selon lesquelles la Chine restait ouverte aux projets d'acquisitions des sociétés étrangères paraissent, cependant, de nature à rassurer les entreprises étrangères. Il est tout à fait très probable que ces règles fassent l'objet de lignes directrices, compte tenu de leur caractère assez général.⁷⁴⁹

§ 4. La coopération sino-européenne concernant les règles antimonopolistiques sur les prix.

122. L'autre vecteur du Dialogue sino-européen sur la concurrence est la régulation antimonopolistique des prix par la CNDR.

Le Dialogue sino-européen a pour objectif d'organiser un échange d'information sur les questions de droit et de politique concurrentiels et des groupes de travail *ad hoc* sur les sujets connexes. Trois ateliers sino-européens sur les mesures antimonopolistiques en

⁷⁴⁵ Ibidem.

⁷⁴⁶ Ibidem.

⁷⁴⁷ Ibidem.

⁷⁴⁸ Voir G. GRESILLON, *Pékin plus restrictif sur les OPA*, Les Echos, 21 février 2011.

⁷⁴⁹ Voir W. XING, *Review of foreign takeovers won't hurt investment*, China Daily, 17 février 2011, www.china.org.cn/business/2011-02/17/content_21941132.htm 1.04.2011.

matière de prix se sont tenus en septembre 2009, mai 2009 et septembre 2009. Les participants comprenaient notamment des membres importants de la DG Concurrence (y compris des représentants de la Direction « politique et stratégie »), de la délégation européenne en Chine, des ANC européennes, et des autorités chinoises de la concurrence (y compris de la CNDR) ; des avocats spécialisés en droit européen de la concurrence, des membres de la *Price Association*, une association semi-gouvernementale chargée de jeter des ponts entre les milieux d'affaires et l'administration en Chine, des autorités de premier plan en matière de droit chinois, et des participants au *EU-China Trade Project* (EUCTP).⁷⁵⁰

L'examen du programme et des documents de travail de ces ateliers, disponibles sur le site Internet de l'EUCTP, montre bien que, quoique la DG Concurrence est désireuse d'exporter le modèle européen, elle adopte une stratégie « sinophile » dans sa participation au dialogue : rejetant toute condescendance, la DG Concurrence souhaite se poser en mentor, soucieuse de montrer son respect pour le droit chinois de la concurrence. Deux éléments le démontrent.⁷⁵¹

En premier lieu, le droit européen de la concurrence ne vise bien entendu jamais la notion de « prix monopolistiques » en soi, quoique la notion de droit chinois tombe vraisemblablement soit sous le coup de l'article 101 TFUE, au titre de la lutte contre les ententes restrictives de concurrence, soit sous celui de l'article 102 TFUE en tant qu'abus de position dominante – en tout état de cause, le choix du sujet des prix monopolistiques pour les réunions de travail reflète l'effort de l'UE pour s'adapter à la réalité législative chinoise.⁷⁵²

En second lieu, chaque atelier de travail était ouvert et clos par un représentant de la DG Concurrence et un dirigeant d'une autorité chinoise de la concurrence. Quoique les intervenants inclussent majoritairement des praticiens européens et des spécialistes internationaux du droit de la concurrence, les séances étaient présidées et modérées par des Chinois, le plus souvent des dignitaires de haut rang.⁷⁵³

Lors de l'atelier de 2008, la DG Concurrence a invité la CNDR à dresser une liste de questions à l'intention des experts européens et de leurs collègues. L'Association chinoise des prix a concentré l'essentiel de ses questions sur l'application de la LAM aux prix anti-concurrentiels, et a exprimé le souhait, de la part de la Chine, de chercher dans la législation

⁷⁵⁰ Ibidem. Voir aussi <http://euchinawto.org> et <http://euctp.org>

⁷⁵¹ Quinlan WU, *EU-China Competition Dialogue...*, op.cit., p.468.

⁷⁵² Ibidem. p.469.

⁷⁵³ Ibidem.

européenne une inspiration possible pour les mesures d'application de la LAM. Il apparaît d'autre part que les Chinois désiraient mieux comprendre la règle *per se* ainsi que la règle de raison (des doctrines propres au droit américain de la concurrence) et leur rapport avec le droit européen ; la définition et la lutte contre les ententes sur les prix ; l'application des décisions contre les personnes physiques ; et, enfin, le commentaire des experts européens (praticiens comme représentants de la DG Concurrence) sur la clause d'exemption de la LAM contenue en son article 15. Lesdits experts ont fourni des réponses détaillées, basées sur l'expérience européenne en la matière, et qui tentent d'être les plus neutres et les plus techniques possibles.⁷⁵⁴

De manière absolument remarquable, les réponses de la DG Concurrence reconnaissent la symétrie entre la règle de raison et les articles 101.1 et 101.3 TFUE. La DG Concurrence a par ailleurs rappelé un point bien connu, à savoir le caractère exceptionnel de la possibilité d'exemption des ententes anti-concurrentielles sur les prix sur le fondement de l'article 101.3, et a souligné qu'une vaste exemption des ententes sur les prix sur le fondement de l'article 15 LAM viderait cette dernière loi de l'essentiel de sa substance ; au contraire, la DG concurrence suggère que la Chine n'exempte que les ententes restrictives qui bénéficient aux consommateurs, et émette des directives explicatives à ce sujet.⁷⁵⁵

A l'occasion de la réponse donnée aux questions chinoises, la DG Concurrence a de nouveau expliqué et promu les normes et instruments européens du droit de la concurrence. En particulier, on peut citer l'exemple de la définition de l'accord : la DG Concurrence a expliqué à ses partenaires chinois qu'en droit européen, les accords sont définis largement, et qu'il n'était pas nécessaire qu'existât un contrat signé (dans la jurisprudence communautaire, par exemple *ICI-Dyestuff*⁷⁵⁶, il est admis qu'une pratique concertée puisse être qualifiée d'accord). En outre, dans le contexte de la lutte contre les ententes sur les prix, la DG Concurrence a expliqué l'utilisation de la politique de clémence, par le moyen de laquelle les entreprises incriminées reçoivent une réduction ou une annulation de leur amende à condition de coopérer avec les autorités européennes, notamment en les aidant à

⁷⁵⁴ Voir *Responses to questions posed by the Price Association of China regarding price fixing and général competition Policy issues*, DG Comp/A6/TT/ma D/*(2008).

⁷⁵⁵ Ibidem.

⁷⁵⁶ CJCE, 14.07.1972, *ICI Ltd c/ Commission*, Rec. 1972 p. 00619.

obtenir des preuves de la pratique illégale, en notant que cette politique a été la plus efficace jusqu'alors⁷⁵⁷.

§ 5. Le droit de la propriété intellectuelle et la LAM.

123. Comme on l'a déjà vu dans le cadre de la présente thèse le droit de la concurrence a les relations tumultueuses avec le droit de la propriété intellectuelle, et certaines entreprises multinationales (par exemple, Microsoft) ont essayé d'utiliser le droit de la propriété intellectuelle comme le bouclier contre l'application du droit de la concurrence.

Ainsi, il est important que la LAM a des dispositions sur la propriété intellectuelle ce que signifie que les autorités chinois connaissent le problème et sont prêtes à l'affronter.

Le chapitre 8 de la LAM (intitulé « *Dispositions supplémentaires* ») traite de questions fort diverses, mais contient surtout l'article 55 qui doit retenir l'attention :

« La présente Loi ne s'applique pas aux comportements adoptés par les entreprises en vue de protéger leur droits de propriété intellectuelle légitime en conformité avec la loi sur la Propriété Intellectuelle et les règlements administratifs y relatifs ; néanmoins, elle s'applique aux comportements adoptés par les entreprises dans le but d'éliminer ou de restreindre la concurrence sur le marché à travers l'abus des droits de propriété intellectuelle prévus par la loi sur la PI et les règlements administratifs y relatifs ».

Ainsi, on voit que les législateurs chinois ont reconnu les relations complexes entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle. L'UE est à nouveau prêtée à aider à ses partenaires chinois de mieux comprendre les enjeux entre ces domaines du droit.⁷⁵⁸

Ainsi, en 2010 (10-11 juin) à Dailan était organisée une conférence sino-européenne « *EU-China conference on the interface between Competition and Intellectual Property Law* ».

⁷⁵⁷ Voir A. PAPADOPOULOS, *The International Dimension of EU Competition Law and Policy*, Cambridge 2011, pp. 10,16.

⁷⁵⁸ Sur les relations entre le droit de la concurrence et droit de la propriété intellectuelle voir le Chapitre « L'application simultanée du droit de la propriété intellectuelle et du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers ».

Les participants ont discuté les questions du droit procédural et matériel issues de la LAM et les interactions entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence.⁷⁵⁹

§ 6. L'exportation douce du modèle européen du droit de la concurrence en Chine.

124. L'exportation du modèle européen de droit de la concurrence s'est faite de manière progressive et systématique. Au vu du contenu de ces ateliers, on s'aperçoit que la DG Concurrence a choisi de commencer par le cadre général du droit de la concurrence européen, avant de s'intéresser graduellement aux aspects plus techniques de la régulation des ententes sur les prix : ainsi, lors de l'atelier de novembre 2009, les experts européens ont pu aborder les questions de prix injustifié, entente de fixation des prix, rapports entre ententes verticales et prix au détail, prix hauts injustifiés dans le secteurs des télécommunications, et les outils et techniques d'enquête de l'UE en matière de lutte contre les ententes⁷⁶⁰. On en conclut que, en encourageant les Chinois à soumettre une liste de questions qu'ils jugeaient intéressantes, la DG Concurrence a pu adapter son aide aux besoins réels des autorités chinoises.

Les retombées de ces rencontres ne se sont guère fait attendre. Le 29 décembre 2010, la CNDR a émis deux règlements ministériels dotés d'un effet obligatoires, à savoir le règlement CNDR antimonopolistique sur les prix et le règlement CNDR sur la procédure d'application de la lutte antimonopolistique sur les prix, lesquels ont tous deux pris effet au 1^{er} février 2011, et ces deux normes reflètent indubitablement l'influence du droit européen.⁷⁶¹

Ainsi, la première inclut dans sa définition des prix monopolistiques les accords sur les prix anticoncurrentiels et les pratiques de prix de la part d'une entreprise jouissant d'une position dominante afin de restreindre ou d'éliminer la concurrence. Elle assimile par ailleurs aux accords anticoncurrentiels sur les prix les pratiques concertées, lesquelles doivent être établies par l'uniformité des pratiques de prix des entreprises concernées, les contacts entre elles, et les changements et la structure du marché (art. 6 du Règlement). Evidemment, la méthode décrite par le Règlement rappelle fortement celle en vigueur en droit européen. De

⁷⁵⁹ Pour plus d'information voir <http://www.ipr2.org>

⁷⁶⁰ http://www.euchinawto.org/index.php?option=com_content&task=view&id=340&Itemid=54

⁷⁶¹ Quinlan WU, *EU-China Competition Dialogue...*, op.cit., p.471.

même, le règlement sur l'application de ces mesures prévoit des procédures d'enquête similaires à celles du droit européen. Par exemple, son article 14 dispose que les entreprises qui rapportent d'elles-mêmes leurs infractions au gouvernement peuvent recevoir en récompense une réduction de l'amende ou une renonciation à celle-ci, ce qui reproduit le schéma de la procédure de clémence du droit européen.⁷⁶²

De manière similaire, l'article 15 de ce dernier règlement prévoit une procédure de « clôture de l'enquête » analogue à la procédure de transaction engagée du droit européen. Dans le cas de la Chine, la clôture de l'enquête fonctionne comme suit : l'entreprise concernée peut demander la clôture de l'affaire pendant la phase d'enquête, par écrit, en détaillant les informations pertinentes au comportement incriminé, les mesures prévues pour y mettre fin, un calendrier prévisionnel de ces mesures et d'autres engagements. Les autorités chinoises répondent par écrit en temps utile ; si la réponse est initialement positive, elle peut être modifiée s'il s'avère que l'entreprise n'a pas rempli ses engagements, si les faits de l'espèce ont substantiellement changé ou si l'entreprise avait fourni des données inexactes. Bien que l'on puisse critiquer le manque de respect des droits de la défense ou l'absence de transparence de cette procédure, elle ressemble au moins superficiellement à son pendant européen.⁷⁶³

Enfin, le Dialogue a institutionnalisé les activités d'assistance technique à la Chine. En sus des ateliers décrits précédemment, l'UE a mis en place une Semaine anti-monopolistique, organisée deux fois par an, et dont les premières éditions se sont tenues dans la banlieue de Pékin en mai et septembre 2009.

On voit comment l'approche sinophile et le respect de la DG Concurrence pour le pluralisme a aidé le développement de la coopération sino-européenne. Comme l'a résumé la DG Concurrence dans le glossaire du Dialogue : « chaque Etat a le droit de développer son propre modèle à ajuster à son environnement unique aux points de vue économique, juridique, et politique ». Et bien que les Etats-Unis se fussent intéressés également au développement de la LAM (comme le montre les commentaires de l'*American Bar Association* sur la LAM édités depuis 2003) et que l'OMC elle-même ait fourni des directives de *soft law* spécifiques au marché chinois en 2006, l'Union Européenne a indiscutablement

⁷⁶² Ibidem.

⁷⁶³ Ibidem.

pris l'avantage en termes d'influence sur le développement du droit chinois de la concurrence.⁷⁶⁴

Le Dialogue est toujours considéré par l'UE comme un instrument de premier choix pour parvenir à la dérégulation du commerce dans un contexte mondial. D'une part, le glossaire du Dialogue spécifie que le but du droit de la concurrence est à la fois le bien-être du consommateur et des règles équitables pour les acteurs du monde des affaires ; et que le dialogue devrait contribuer à entretenir des relations commerciales fluides entre la Chine et l'Union européenne. Or, l'accent mis à la fois sur l'efficacité du marché et la libéralisation commerciale reflète la philosophie du droit européen de la concurrence et la méthodologie suivie par l'Union européenne dans son entreprise d'internationalisation du droit de la concurrence.⁷⁶⁵

D'autre part, le Dialogue a été soutenu dès sa mise en place, dans le cadre de l'EUCTP, un projet fondé conjointement par la Commission et la République Populaire en 2004 dans le but d'aider à l'intégration de la Chine dans le système commercial mondial. L'EUCTP a atteint les objectifs de sa première phase en 2009 et est entré dans sa deuxième phase depuis lors. Composé d'une série de projets de grande envergure, l'EUCTP est un des projets d'assistance technique au commerce les plus significatifs entrepris par l'UE dans le cadre de sa stratégie d'aide au commerce. Les activités de phase 1 de l'EUCTP (en conformité avec la politique préconisée par l'OMC), incluse les systèmes douaniers, l'agriculture et ses produits, les obstacles techniques au commerce, la coopération en matière de transparence et le développement de politiques (dans le cadre desquelles les politiques de concurrence sont mises en relief). La Phase 1 a eu un impact incontestable et profond sur les lois chinoises dans les domaines précités, et elle a permis la mise en place d'un réseau dense de 15 partenaires européens (dont la DG Concurrence) et de 17 partenaires chinois (dont les trois autorités chinoises de concurrence, précitées).⁷⁶⁶

En effet, l'organisation d'ateliers et des activités connexes, en relation avec le Dialogue, a été soutenue au point de vue logistique et supervisée par l'EUCTP, dès la phase de rédaction et de préparation de la LAM. EN 2006, l'EUCTP a organisé un séminaire de deux jours sur la LMA avec le concours du Comité du Congrès national du peuple (l'organe législatif chinois), pour présenter l'histoire, l'objectif et le contenu du droit européen de la

⁷⁶⁴ Ibidem. p.472.

⁷⁶⁵ Ibidem.

⁷⁶⁶ http://www.euctp.org/index.php?option=com_content&view=article&id=4&Itemid=9&lang=eeu

concurrence.⁷⁶⁷ A partir de 2006, l'EUCTP a organisé des ateliers avec le CNDR sur les prix monopolistiques en 2008, des ateliers avec le MOFCOM sur le contrôle des concentrations, en 2009, des ateliers avec l'AEIC sur les abus de position dominante, et une semaine LAM (deux fois par an depuis 2009).⁷⁶⁸

De surcroît, l'EUCTP s'est proposé depuis 2006 de mettre en place des stages pour dirigeants chinois du MOFCOM au sein de la DG Concurrence : ainsi, en 2009, des juges chinois ont pu visiter la Commission européenne, la Cour de justice, certaines ANC et tribunaux des Etats membres, pour mieux apprécier les moyens d'appliquer la LAM en Chine. Enfin, l'EUCTP a commissionné des traductions de dispositions européennes pertinentes ainsi que la recherche académique chinoise sur le droit européen et ses implications pour la RPC.⁷⁶⁹

Etonnamment, la mise en place de règles de concurrence sur le marché interne chinois n'est pas dissimilaire au cas européen : M. Serge Abou, alors ambassadeur de l'Union européenne en Chine, a déclaré que « *le processus d'intégration au sein de l'Union européenne fournit une référence unique pour le législateur chinois, lequel affronte un défi analogue dans son effort d'intégration des si diverses économies régionales chinoises dans un processus de réforme continu* ». ⁷⁷⁰ Les difficultés éprouvées par l'Union européenne lors de la tentative d'exportation de son modèle de concurrence lors du Round de Doha a souligné les complications propres aux économies en voie de développement. Le droit de la concurrence est tel un médicament complexe et onéreux qui ne peut guérir instantanément les troubles subis par les pays les moins développés. Un succès dans l'exportation du modèle européen vers la Chine, sans doute un des pays en voie de développement les plus avancés, servirait d'exemple à suivre pour la suite et accessoirement accroître substantiellement l'influence de l'Union européenne en matière de droit de la concurrence.⁷⁷¹

§ 7. L'absence du contrôle sur le modèle du droit de la concurrence exporté.

⁷⁶⁷ http://www.euchinawto.org/index.php?option=com_content&task=view&id=353&Itemid=54

⁷⁶⁸ Quinlan WU, *EU-China Competition Dialogue*, op.cit., p.474.

⁷⁶⁹ Voir, par exemple, Steven ANDERMAN and Huang Yong, *Competition Policy and Intellectual Property Rights: EU Experience and Prospects for China*, Report 2008.

⁷⁷⁰ http://euchinawto.org/index.php?option=com_content&task=view&id=355&Itemid=82

⁷⁷¹ Quinlan WU, *EU-China Competition Dialogue...*, op.cit., p. 475.

125. Néanmoins, la stratégie sinophile décrite plus haut ainsi que la nature informelle du Dialogue peuvent entraîner que l'UE ne contrôle pas tout à fait la réception faite en droit chinois du modèle européen. Un exemple frappant est apparu en matière d'entente sur les prix. Comme on le sait, il est admis aussi bien en droit américain⁷⁷² qu'en droit européen⁷⁷³, ou même par l'OCDE⁷⁷⁴ que les ententes sur les prix constituent une infraction *hard-core* (quintessentielle, substantielle) au droit de la concurrence et que les exceptions à leur condamnation doivent être à peine envisageable, ce qui a été soulevé et souligné par la DG Concurrence dans le cadre du Dialogue. Or l'article 10 du Règlement CNDR antimonopolistique sur les prix et l'article 13 du règlement CNDR sur la procédure d'application de la lutte antimonopolistique prévoient que ces accords sur les prix peuvent être sauvés dans trois cas : soit ils rentrent dans une des catégories très largement définies par l'article 15 de la LAM (innovation technologique, efficacité, accroissement de la compétitivité des petites et moyennes entreprises et effort de reprise économiques) et, cumulativement, ne nuisent pas à la concurrence et profitent aux consommateurs, soit ils protègent les intérêts légitimes de la RPC dans le commerce international, soit ils ressortent d'autres exceptions déterminés par la loi. La largesse prodigieuse de l'article 15 de la LAM a évidemment suscité de nombreux commentaires sur les risques de sabotage de l'efficacité du droit de la concurrence.⁷⁷⁵

Section 2. Les conséquences économiques pour les entreprises européennes et chinoises de l'adoption de LAM.

126. Comme on a mentionné plusieurs fois, l'adoption par la Chine du droit de la concurrence est un grand avantage pour toutes les entreprises désireuses de travailler sur le marché chinois ; de surcroît, comme la Chine était beaucoup inspirée par le droit européen les entreprises issues de systèmes similaires (surtout, évidemment les entreprises européennes) vont retrouver les mêmes règles du jeu en Chine que dans leur pays d'origine.

⁷⁷² *US v Trenton Potteries Co*, 273 US.392 (1972).

⁷⁷³ Décision de la Commission européenne de 21 novembre 2001 JO 2003 L6/1 (Vitamines).

⁷⁷⁴ Recommendations of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, 25 mai 1998-C(98)35/FINAL.

⁷⁷⁵ Voir Giacomo Di FEDERICO, *The New Antimonopoly Law in China from a European Perspective*, World Competition N°2, 2009, 249-270pp. Voir aussi Xiaoye WANG, *Highlights of China's New Anti-Monopoly Law*, Antitrust Law Journal N° 75, 2008, 134-150pp.

Néanmoins, tous les problèmes ne sont pas résolus dans la relation entre les marchés chinois et européen. Selon l'étude de la Commission, l'UE a exporté en Chine en 2007 des biens d'une valeur de € 72 milliards, et ce chiffre a augmenté d'environ 12% pendant les premiers 9 mois de 2009 en comparaison avec la même période de 2007. L'exportation de l'UE en Chine a augmenté de 75 % entre 2003 et 2007.⁷⁷⁶ Comme on a vu auparavant (voir l'introduction au chapitre) les relations commerciales entre la Chine et l'UE continuent à se développer et à s'intensifier très vite. On peut supposer que parmi les autres facteurs, c'est l'adoption de la LAM qui a joué le rôle important dans l'amélioration des relations économique entre l'UE et la Chine.

Pourtant, les entreprises européennes rencontrent encore des problèmes substantiels concernant l'accès au marché chinois. Les barrières au commerce en Chine coûtent environ € 21 milliards pour les entreprises européennes à cause des opportunités commerciales perdues chaque année, ce que représente un quart de toutes les exportations européennes vers la Chine.⁷⁷⁷

Il faut noter toutefois qu'il y a vingt ans le commerce entre la Chine et l'Europe n'existait presque pas, tandis qu'en 2007 les sociétés européennes ont investi € 7,1 milliards en Chine (contre € 6,7 milliards en 2006).⁷⁷⁸

Ainsi, on voit que l'intérêt européen en développement du droit de la concurrence en Chine est bien compréhensible, et même si quelques problèmes restent, le progrès en général est remarquable (de l'absence de la loi de la concurrence à l'adoption de la première).

Évidemment, que la simple existence de la LAM ne suffit pas, les barrières au commerce pour les entreprises européennes restent redoutables.

Il faut aussi comprendre qu'il y a trois types communs de barrières : les barrières publiques (gouvernementales), les barrières privées et les barrières hybrides (publiques - privées).⁷⁷⁹

⁷⁷⁶ EU – China trade in facts and figures, 30 January 2009, Brussels, MEMO/09/40, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/09/40>, 04.08.2010

⁷⁷⁷ Ibidem.

⁷⁷⁸ Ibidem.

⁷⁷⁹ Brendan SWEENEY, *Globalization of Competition Law and Policy : Some Aspects of The Interface Between Trade and Competition*, Melbourne Journal of International Law, 2004 Vol.5 Issue 2, [http://mjil.law.unimelb.edu.au/issues/archive/2004\(2\)/03Sweeney.pdf](http://mjil.law.unimelb.edu.au/issues/archive/2004(2)/03Sweeney.pdf), 25.05.2010.

Les barrières publiques (les monopoles d'État, les standards de la qualité visant à exclure l'export, etc.) représentent la politique nationale de la concurrence et les entreprises étrangères ne peuvent pas franchir cette barrière.

En général, toutes les lois sur la concurrence interdisent les barrières privées (y compris la Chine).

Toutefois, les barrières les plus dangereuses sont les hybrides, comme elles représentent les barrières privées reconnues, tolérées et approuvées par les autorités locales.⁷⁸⁰

Quant à la Chine, on peut mentionner que le pays a signé des accords en vue d'ouvrir ses marchés, ainsi, à partir de 2001, 22 000 licences de la télécommunication ont été accordées en Chine mais seulement 12 parmi elles à des entreprises étrangères. Evidemment, le business non – chinois pourrait utiliser plus de licences.⁷⁸¹

Les traditions protectionnistes ne peuvent pas être changées immédiatement. L'ouverture officielle des marchés et l'adoption de la LAM sont les premiers pas vers le développement du droit de la concurrence en Chine. La coopération de l'UE avec l'État chinois dans le domaine du droit de la concurrence continuera dans le but de créer une vraie concurrence sur les marchés chinois.

Pour mieux comprendre les conséquences pratiques et économiques pour les entreprises suite à l'adoption de la LAM, il semble utile d'analyser les décisions du MOFCOM rendues publiques.

Dans sa décision sur l'affaire *InBev – Anheuser Busch*, la première à avoir été publiée, le MOFCOM a approuvé la transaction à certaines conditions postérieurement à la fusion : InBev s'est vu interdire de prendre des participations dans certains concurrents nationaux. Le communiqué de presse du MOFCOM laisse penser que, bien qu'il n'y ait pas eu de base juridique suffisante pour interdire la concentration purement et simplement, ces mesures complémentaires étaient nécessaires pour éviter l'installation postérieure de situations monopolistiques.⁷⁸²

Quant à *Coca-Cola – Huiyuan*, sa seule décision d'interdiction à ce jour (à notre connaissance), le MOFCOM a motivé son dispositif par l'existence de trois effets

⁷⁸⁰ Ibidem.

⁷⁸¹ EU – China trade in facts and figures, 30 January 2009, Brussels, MEMO/09/40, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/09/40>, 04.08.2010

⁷⁸² Voir H. Stephen HARRIS Jr. et les autres, *Anti-monopoly Law and Practice in China*, op.cit., p. 158 et suivantes.

anticoncurrentiels principaux : premièrement, l'acquisition aurait permis à Coca-Cola d'asseoir sa domination du marché des sodas par une présence sur le marché des jus de fruits ; deuxièmement, la détention de la marque de jus de fruits Minute Maid par Coca-Cola entraîne que l'acquisition lèverait des barrières insurmontable à l'entrée sur le marché des jus de fruit si l'acquisition de Huiyuan était autorisée ; troisièmement, l'acquisition causerait un tort irréparable aux autres producteurs de jus de fruit existants et empêcherait les producteurs nationaux de faire concurrence à Coca-Cola. En résumé, l'acquisition heurterait le « sain développement » du marché chinois des jus de fruit. Il semblerait que la charge de la preuve pèse sur les parties : c'est à elles de prouver que la fusion ne perturbe pas la concurrence.⁷⁸³

Sur l'affaire *Mitsubishi Rayon – Lucite*, le MOFCOM a énoncé que la concentration aboutirait à une part de marché de soixante-quatre pour cent pour la nouvelle entité, ce qui entraînerait une position dominante sur le marché du méthacrylate de méthyle et, partant, la possibilité d'éliminer ou de restreindre les autres concurrents. La concentration a été autorisée sous conditions.⁷⁸⁴

La concentration proposée entre *General Motors et Delphi* était verticale (General Motors est un constructeur automobile, Delphi un fabricant de pièces automobiles). Le MOFCOM n'a pas fait appel à la notion de position dominante, mais a cité les risques de discrimination aux prix envers les autres clients de Delphi, les risques de violation de la confidentialité quant aux clients de Delphi et de discriminations dans les choix des fournisseurs par General Motors pour soumettre la concentration à une série de conditions.⁷⁸⁵

Les affaires *Pfizer – Wyeth* et *Panasonic – Sanyo* sont intéressantes en ce que, dans les deux cas, le MOFCOM a subordonné son approbation à des désinvestissements dans le futur. Dans le premier cas, le MOFCOM craignait des changements substantiels et négatifs sur le marché des vaccins contre la pneumonie mycoplasme porcine et a donc ordonné à Pfizer de quitter ce marché en Chine pour poursuivre la fusion. Dans le deuxième cas, le MOFCOM a ordonné aux deux partir de quitter plusieurs marchés de piles à la fois en Chine et au Japon

⁷⁸³ Ibidem.

⁷⁸⁴ Ibidem.

⁷⁸⁵ Ibidem.

et à Panasonic de quitter sa joint-venture avec Toyota pour la production de piles pour automobiles.⁷⁸⁶

Enfin, l'affaire *Novartis – Alcon* posait problème quant à deux marchés en particulier. Sur le marché des combinaisons de produits anti-inflammatoires et anti-infections, Novartis et Alcon possédaient ensemble une part de marché de soixante pour cent en Chine. Novartis, ne représentant qu'un pour cent de cette part totale, s'était engagé à quitter le marché et le MOFCOM consacre cet engagement en bannissant cette entreprise du marché pour cinq ans. Le deuxième marché, celui des produits d'entretien pour lentilles de contact, présente une variation intéressante : conjointement, Novartis et Alcon auraient atteint une part de marché de seulement vingt pour cent, mais Novartis avait conclu un accord de distribution exclusive avec un concurrent disposant d'une part de marché de trente pour cent : ainsi, le MOFCOM a forcé Novartis à résilier cet accord avant de poursuivre la fusion.⁷⁸⁷

En conclusion, la littérature détecte les tendances suivantes :

- Les chevauchements horizontaux importants (ceux aboutissant à des parts de marchés d'environ cinquante pour cent ou plus) sont considérés comme problématiques, même si le gain de part de marché est minime (cf. *Novartis*) ;
- Le MOFCOM se préoccupe particulièrement des petits concurrents (*Coca-Cola*, *Pfizer*) et des consommateurs (*Panasonic*) ;
- Le MOFCOM examine les barrières à l'entrée existantes ou futures (*Coca-Cola*, *Pfizer*), les liens entre producteur et distributeur (*GM*) et les autres contraintes à la substitution (*Panasonic*) ;
- La combinaison de marques bien connues peut s'avérer délicate (*Coca-Cola*) ;
- Les concentrations verticales sont traitées plus sévèrement qu'en droit européen ou droit américain (*GM*) ;
- Les critiques ou plaintes de concurrents, de consommateurs ou d'associations, accroissent la sévérité du MOFCOM (*Coca-Cola*, *GM*).⁷⁸⁸

Toutefois, la coopération entre l'UE et la Chine dans le cadre du droit de la concurrence se continue et reste très active et devient de plus en plus directe.

Particulièrement, en octobre 2007 après avoir organisé le stage de deux fonctionnaires de Ministère de la Commerce de la Chine (MOFCOM) au DG Concurrence, the *EU – China*

⁷⁸⁶ Ibidem.

⁷⁸⁷ Ibidem.

⁷⁸⁸ Ibidem.

Trade Project a organisé encore une fois un stage pour le troisième fonctionnaire étroitement lié à l'application d'AML.⁷⁸⁹

En 2009 la coopération entre l'EU et la Chine était particulièrement active. Deux Semaines Anti-Monopoles (*Anti-Monopoly Weeks*), Atelier UE-Chine sur les Procédures du Contrôle sur les Fusions (*EU-China Workshop on Merger Control Proceeding*) et un Atelier UE-Chine sur l'Abus de la Position Dominante (*EU-China Workshop on the Abuse of Dominant Market Position*) ont été organisés en Chine avec l'assistance de la DG Concurrence.⁷⁹⁰

La Chine et l'UE continuent toujours leur coopération très étroite et active. Ainsi, en 2011 une semaine du droit de la concurrence était organisée en Chine avec l'aide de la Commission européenne (*EU-China Competition Week*, 1-7 juin 2011, Pékin). Pendant cette semaine le séminaire international du niveau le plus haut, ainsi que deux ateliers sur les prix fixées ont été organisés ; de plus, on y trouvait un atelier consacré à la dominance sur le marché avec l'accent mis sur les secteurs de l'information, de la technologie et de communications, finalement, deux ateliers concernant la notion du contrôle et les procédures simplifiées de contrôle sur les fusions ont été organisés.⁷⁹¹

L'UE et la Chine ont fait un grand progrès dans leurs relations et sont prêtes pour la coopération future en protégeant la concurrence sur leurs marchés.

En guise de conclusion...

127. En guise de conclusion, on souhaiterait donner des exemples de la coopération de la Chine avec les autres pays du monde dans le cadre du droit de la concurrence.

Il est intéressant à noter que dès 1996 l'AEIA a signé un accord de coopération avec la Fédération de Russie, dans le domaine de la lutte contre la concurrence déloyale et les monopoles, et un accord similaire avec le Kazakhstan en 1999. Suite à ce premier accord, les autorités de concurrence de la Province de Jilin en Chine et de Vladivostok en Russie se sont

⁷⁸⁹

http://www.euchinawto.org/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=30&Itemid=54&lang=eeu, 05.08.2010

⁷⁹⁰ Ibidem.

⁷⁹¹ Pour plus d'information sur *EU-China Competition Week* voir China Competition Bulletin, N° 10 June 2011, p.4. Voir aussi <http://www.euctp.org>.

entendues sur un plan de lutte contre les monopoles, la concurrence déloyale et de supervision de la publicité à travers lequel l'échange d'informations et facilité.⁷⁹²

Aussi, dans la première année d'application de la LAM, les autorités chinoises de concurrence ont organisé des dialogues et des réunions avec des autorités étrangères ou leur ont rendu visite.⁷⁹³

La Chine est certes désormais membre de l'OMC, mais la force obligatoires des normes OMC sur le droit de la concurrence est tout au plus faible (voir Titre III de la thèse). La Chine n'est pas encore membre du REI et ne prend pas part à la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement. Cependant, la Chine participe régulièrement au groupe de travail sur la politique de coopération de la Coopération économique Asie-Pacifique et a pris part à la conférence internationale sur la concurrence des pays « BRIC » (Brésil, Russie, Inde et Chine) organisée en Russie en 2009.⁷⁹⁴

⁷⁹² Voir H. Stephen HARRIS Jr. et les autres, *Anti-monopoly Law and Practice in China*, op.cit., p. 297.

⁷⁹³ Ibidem.

⁷⁹⁴ Ibidem. p. 299.

Chapitre 2. La coopération entre l'UE et la Russie dans le domaine du droit de la concurrence.

« Moi, je dis qu'il faut faire l'Europe avec pour base un accord entre Français et Allemands (...). Une fois l'Europe faite sur ces bases (...), alors, on pourra se tourner vers la Russie. Alors, on pourra essayer, une bonne fois pour toutes, de faire l'Europe tout entière avec la Russie aussi, dût-elle changer son régime. »

Charles de Gaulle,

Conférence de presse (1949).

128. Au sein de ce chapitre, on continue l'analyse de « l'exportation » du modèle européen du droit de la concurrence dans les pays tiers. On a déjà noté à plusieurs reprises que les exemples les plus marquants sont la coopération entre l'UE et la Chine et entre l'UE et la Russie ; Russie et Chine sont des marchés très intéressants et très vastes et des économies qui se développent très vite. On a examiné la coopération sino-européenne dans le chapitre précédent et maintenant on commence l'analyse de la coopération russo-européenne et les conséquences économiques d'une telle coopération.

Il est intéressant de mentionner que l'UE est le partenaire commercial principal de la Russie (représentant 47,1 % de son chiffre d'affaires commercial global en 2010), tandis que la Chine est le deuxième partenaire commercial majeur de la Russie. L'UE est aussi le plus important investisseur en Russie (on suppose que jusqu'à 75% des investissements directs étrangers en Russie viennent des Etats membres de l'UE). L'UE a exporté en Russie en 2010 des biens d'un montant total de 86,1 milliards d'euro et elle a importé des biens d'une valeur de 158,6 milliards d'euro. L'UE a aussi exporté en Russie en 2010 des services d'une

valeur de 22,6 milliards d’euro et elle a importé de la Russie les services d’une valeur de 14,2 milliards d’euro.⁷⁹⁵

Il faut aussi dire que les importations depuis la Russie à l’UE sont principalement les hydrocarbures (79,5 %), quelques produits chimiques et les matières premières ; tandis que l’UE exporte vers la Russie presque tous les types d’équipement industriel et de transport (44.7 %), les produits manufacturés divers, les produits alimentaires et les animaux vivants.⁷⁹⁶

Ainsi, on voit que les relations commerciales entre l’UE et la Russie sont assez déséquilibrées (les exportations de l’UE sont principalement les produits industriels et les exportations de la Russie sont principalement les hydrocarbures), mais le commerce entre ces deux acteurs est assez actif et très important pour les deux. Par conséquent, l’intérêt de l’UE et de la Russie à coopérer plus, y compris dans le domaine du droit de la concurrence, est compréhensible. Chacun de son côté veut les conditions les plus favorables pour les activités de ses entreprises sur le marché de voisin et la seule voie acceptable pour les deux est de créer ensemble les mêmes règles de jeux sur ces marchés.

Cependant il faut dire qu’il existe très peu de littérature sur le sujet. La source principale est représentée par les communiqués de presse du Service Fédéral Anti-monopole russe et les articles publiés dans les médias. A part une thèse de doctorat présente cette année (2012), mais non encore publiée, il n’existe presque pas des ouvrages académiques sur la question de la coopération russo-européenne dans le cadre du droit de la concurrence. Cependant, l’auteur de la thèse précitée estime bien que certaines différences demeurent, la Russie a modelé son droit de la concurrence, dans une très large mesure, sur le modèle européen. Ce constat montre que malgré les obstacles politiques, économiques et les différences philosophiques les objectifs de ce processus ont été largement atteints ce qui prouve que l’utilisation du modèle européen a eu une influence décisive sur le processus de réforme en Russie.⁷⁹⁷

L’analyse faite dans le cadre de la thèse présente arrive aux mêmes conclusions, ce qu’on s’apprête à montrer dans le cadre de ce chapitre.

⁷⁹⁵ DG Trade Statistics, <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/bilateral-relations/countries/russia/> 24.05.2012.

⁷⁹⁶ DG Trade Statistics, <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/bilateral-relations/countries/russia/> 24.05.2012.

⁷⁹⁷ Voir Aaron MATTA, *Understanding and Assessing the EU-Russia Legal Approximation Process: The case study of Competition Law*, 2012, European University Institute, <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/21377>

Ainsi, le chapitre est divisé en deux sections : *Section 1. La coopération russo-européenne dans le domaine du droit de la concurrence* et *Section 2. Les conséquences économiques pour les entreprises russes et européennes de la coopération russo-européenne dans le domaine du droit de la concurrence*.

Section 1. La coopération russo-européenne dans le domaine du droit de la concurrence.

129. Pendant les derniers dix ans le Service Fédéral Anti-monopole de la Russie (*Federal Antimonopoly Service of Russian Federation* – ci-après FAS) coopérait très de manière très étroite avec la DG Concurrence de la Commission européenne en vue de profiter de l'expérience européenne en matière de protection de la concurrence et d'harmoniser le droit russe de la concurrence avec le droit européen.

Comme le dit Igor Artemiev, le chef du FAS, la première loi russe sur la concurrence, la loi de RSFSR N° 948-1 « *Sur la concurrence et la limitation de l'activité monopolistique sur les marchés de biens* » de 22 mars 1991 (ci-après « l'ancien loi sur la concurrence »), était déjà rédigée avec l'aide de la Commission européenne. Toutefois, comme c'était la première loi concurrentielle d'un pays qui venait de sortir d'une longue époque du communisme cette loi était assez idiosyncratique et différente du modèle européen. Cependant, même à cette époque le législateur russe prenait en compte l'expérience européenne dans le domaine du droit de la concurrence.⁷⁹⁸

Comme on l'a dit déjà auparavant, les normes non homogènes du droit de la concurrence peuvent créer des difficultés additionnelles pour les entreprises (dans ce cas les entreprises russes) qui travaillaient avec leurs partenaires européens et/ou essayaient de sortir sur le marché européen, car elles devaient prendre en considération plusieurs règles concurrentielles différentes (russes et européennes).

En plus, le concept du droit de la concurrence était très nouveau et pour les entreprises russes et pour les régulateurs, à peine sortis de l'époque du communisme, en manquant beaucoup de connaissances sur le marché national comme sur le marché international. Ainsi, l'envie d'apprendre l'expérience de l'UE en matière de droit de la concurrence était logique.

⁷⁹⁸ Voir Игорь АРТЕМЬЕВ, *Деятельность ФАС России в контексте сотрудничества между Россией и Европейским союзом (РФ)*, 10.08.2009 http://www.ru.ruseu.com/blog/economy/details_76.html 25.05.2012

Par conséquent, la coopération active entre l'UE et la Russie a aidé à adopter la nouvelle loi russe sur la concurrence (la loi fédérale N° 135-FZ du 26 juillet 2006 « *Sur la protection de la concurrence* »⁷⁹⁹ - ci-après la « Loi de 2006 sur la concurrence ») plus adaptée aux besoins des entreprises et des marchés et très pro-européenne, dans la mesure où c'est le modèle européen qui a inspiré les auteurs de la nouvelle loi russe sur la concurrence, ce qui a changé évidemment la situation en rapprochant la législation russe sur la concurrence vers l'européenne.

Comme on l'a déjà dit, la Commission européenne assistait au développement du droit de la concurrence russe pendant plusieurs années, par exemple, dans le cadre des projets européens tels que TACIS et TAIEX.

Le premier projet (*Technical Aid to the Commonwealth of Independent States - TACIS*) a été organisé en vue de promouvoir la transition vers l'économie du marché et renforcer la démocratie et la loi dans les pays partenaires en Europe de l'Est et en Asie Centrale pendant les années 2000 – 2006.

Toutefois, le deuxième projet (*Technical Assistance and Information Exchange - TAIEX*) est dirigé par le DG Élargissement et existe encore aujourd'hui.⁸⁰⁰ Ce projet aide les pays – partenaires à harmoniser leurs droits nationaux avec le droit européen.

Comme exemple de la coopération dans le cadre de TAIEX on peut mentionner les consultations sur « *L'efficacité de l'activité des autorités anti-monopoles* » (Efficiency of the antimonopoly authority activity) qui ont été organisées par FAS avec l'assistance de la Commission en mai (26-28) 2009.⁸⁰¹

En outre, à la fin de 2008, le mécanisme des Espaces Communs UE-Russie (*EU – Russian Common Spaces*) a été créé. C'est un nouvel instrument de coopération entre l'UE et la Russie dans le but de maintenir le dialogue dans le cadre de quatre Espaces Communs UE-Russie⁸⁰² :

- Espace Commun Économique,
- Espace Commun de la Liberté, Sécurité et Justice,
- Espace Commun de la Sécurité Extérieure,

⁷⁹⁹ La version de cette loi en anglais est accessible sur le site de FAS http://en.fas.gov.ru/legislation/legislation_50915.html 25.05.2012.

⁸⁰⁰ http://ec.europa.eu/enlargement/taieux/what-is-taieux/index_fr.htm 24.05.2012.

⁸⁰¹ Press-release of 01.06.2009 of Federal Antimonopoly Service of the Russian Federation (FAS), www.fas.gov.ru, 10.12.2009

⁸⁰² http://ec.europa.eu/external_relations/russia/docs/commonsaces_prog_report_2009_en.pdf, 08.06.2010.

- Espace Commun de la Recherche, Éducation, Culture.

Ce mécanisme donne la possibilité aux différents ministères, agences et Directions Générales de participer à des dialogues, demander des engagements à court terme d'experts, faire des recherches, organiser différents types d'activités y compris les séminaires, les conférences, les tours d'études, etc.⁸⁰³

Dès lors, par exemple, dans le cadre des Espaces Communs UE-Russie en mars 2010 le FAS et la Commission ont commencé un nouveau projet de la prévention des risques de corruption dans le cas de la disposition des préférences publiques en Russie.⁸⁰⁴

Selon le report « Espaces Communs UE-Russie - Progrès 2008 » (*EU – Russia Common Spaces Progress 2008*), les parties ont créé un mécanisme effectif de dialogue informel de l'échange régulier de l'information et de la coopération dans les cas de l'investigation de violations du droit de la concurrence avec les effets transnationaux.⁸⁰⁵

Aussi, en continuant de développer la coopération avec la Russie, la Commission européenne a adopté le *Document stratégique 2007-2013* qui établit le cadre stratégique pour la coopération entre l'UE et la Russie pour telle période. La Commission définit ainsi des objectifs dans plusieurs domaines politiques afin de mieux organiser la coopération avec la Russie.⁸⁰⁶

Finalement, dans le cadre de la coopération sur le droit et la politique de la concurrence, le 10 mars 2011 le *Memorandum of Understanding on Cooperation* a été signé entre le DG Concurrence de la Commission européenne et le FAS. Après avoir signé ce Memorandum Joaquín Almunia a déclaré que: «*Ce protocole d'accord donnera un nouvel élan à notre coopération sur les questions de concurrence avec la Russie. Nous avons aujourd'hui conféré un cadre officiel à notre coopération future et avons accompagné d'une signature notre volonté d'intensifier nos relations*». ⁸⁰⁷

Cependant, le 20 avril 2012, dans le cadre de la conférence annuel de l'ICN à Rio de Janeiro, il était organisé une rencontre de la délégation du FAS et de la délégation de la

⁸⁰³ FAS Press-release of 05.03.2010, http://www.fas.gov.ru/fas-news_29274.html, 08.06.2010.

⁸⁰⁴ Ibidem.

⁸⁰⁵ http://www.concurrences.com/rubrique.php3?id_rubrique=664&lang=eng, 03.06.2010.

⁸⁰⁶

http://europa.eu/legislation_summaries/external_relations/relations_with_third_countries/eastern_europe_and_central_asia/rx0037_fr.htm 24.05.2012.

⁸⁰⁷ Press release *Concurrence: le vice-président Almunia signe un accord de coopération avec l'autorité russe chargée de la concurrence*, IP/11/278, Bruxelles 10.03.2011.

Commission européenne. Les représentants des deux parties ont discuté la coopération dans le cadre du développement de la concurrence sur les marchés pharmaceutique, de télécommunications, de transport aérien, et de la vente et le service des voitures.⁸⁰⁸

Le représentant de la Commission européenne a proposé de discuter la possibilité d'organiser des stages pour les experts du FAS au sein de la DG Concurrence et inversement. Le représentant du FAS (Andrei Tsarikovsky) était très intéressé par la proposition et était prêt à le discuter en vue d'organiser de tels stages. Il est intéressant de noter que le même programme de stages est utilisé dans le cadre de la coopération de l'UE avec la Chine.

Ainsi, on voit que depuis la chute de l'Union soviétique et l'instauration de l'économie de marché en Russie, la coopération entre la Commission européenne et l'autorité de la concurrence russe est très active, se développe de plus en plus, et « l'export » du modèle du droit européen de la concurrence vers la Russie se passe de manière très organique et avec l'accord parfait de deux côtés.

§ 1. L'influence du droit européen de la concurrence sur le droit russe.

130. Comme on a déjà mentionné auparavant la loi russe sur la concurrence de 2006 a été influencée beaucoup par le droit européen de la concurrence.

Particulièrement, Alexey Sushkevich (Chef de la Direction analytique du FAS) confirme l'influence substantielle et directe du droit européen de la concurrence sur le droit russe de la concurrence qui s'exprime en emprunt par la Russie les instituts-clés tels quels sont, par exemple, l'abus de la position dominante, les aides d'Etat, et aussi l'idée d'avoir un marché interne unifié et commun et non pas segmenté, qui était calquée sur l'idée européenne de marché commun ; ainsi, les accords verticaux en Russie peuvent être considérés comme anticoncurrentiels s'ils divisent le marché en parties (en segments), car la politique de la concurrence est visée vers le marché russe uni et commun pour toutes les régions et non pas segmenté en vue de promouvoir la concurrence partout en Russie en suivant en quelque sorte le modèle de l'UE.

⁸⁰⁸ Россия и Европейская Комиссия обсудили перспективы развития сотрудничества в области конкурентной политики, 27.04.2012, RegionFAS.ru, <http://www.regionfas.ru/4/6046>, 18.06.2012.

La Russie, qui constitue un seul État et non pas une union d'États, a besoin néanmoins d'assurer que le marché russe soit uni et commun, car les dimensions de la Russie sont extraordinaires et la segmentation du marché en vue de la taille extrêmement large du pays est bien possible. Ainsi, l'approche européenne promouvant et assurant le marché commun est très pratique pour la régulation de la concurrence en Russie.

En parlant des emprunts du droit européen de la concurrence par le droit russe, il est intéressant à noter que la nouvelle loi de 2006 sur la concurrence contient certains articles presque identiques aux articles 101 et 102 du TFUE.

Particulièrement, l'article 10 de la loi de 2006 sur l'abus de la position dominante est clairement inspiré par l'article 102 TFUE. L'article russe est beaucoup plus détaillé que l'article 102 TFUE, mais l'esprit de ces deux articles est le même. Les articles 11 et 11.1 sur les ententes ont été aussi influencés par l'article 101 TFUE. L'article 13 rassemble beaucoup au paragraphe 3 de l'article 101 TFUE. Il est vrai que les dispositions de la loi russe sont extrêmement détaillées et techniques, mais les idées de base sont les mêmes qu'en droit européen.

Il est évident que la similitude entre la substance de la nouvelle loi russe et les dispositions des articles 101 et 102 TFUE n'est pas le fruit d'une quelconque coïncidence, mais au contraire le but recherché par le législateur.

Par ailleurs, la Loi de 2006 sur la concurrence introduit un concept radicalement nouveau au regard du droit russe de la concurrence, à savoir celui de « *position dominante collective* ». Certes, la Loi de 2006 sur la concurrence n'utilise pas exactement cette expression, mais celle-ci provient de la lecture opérée par la doctrine au sujet du passage suivant : « *position dominante de chacune des entités économiques* » (article 5). Dès l'adoption de cette loi, de nombreuses questions furent soulevées au sujet de l'interprétation à donner à cette nouvelle notion et aux raisons qui ont gouverné à son introduction. Aux dires d'un des auteurs de la Loi de 2006 sur la concurrence, « la notion de « position dominante collective » est fréquemment utilisée dans l'Union européenne et il y a beaucoup de jurisprudence à ce sujet »⁸⁰⁹, ce qui semble indiquer encore une fois que les rédacteurs de cette loi ont été inspirés par la législation et la pratique européennes en matière de concurrence.

⁸⁰⁹ Internet-interview avec M. Tsarikovsky, http://www.fas.gov.ru/article/a_1679.shtml 28.11.2010.

§ 2. Les pas en arrière : l'existence des monopoles « naturels » en Russie.

131. On a vu que pendant la dernière décennie la Russie a fait un vrai mouvement vers l'eupéanisation de son droit de la concurrence. Néanmoins, l'économie russe n'est pas encore véritablement une économie de marché bien développé, et le droit russe comprend donc plusieurs exceptions, parmi lesquelles est la loi sur les monopoles naturels (FZ-147 « *Sur les monopoles naturels* » du 17 août 1995), tels que Gazprom.

Comme le dit Vadim Petrishev, un expert du droit russe⁸¹⁰, « *le droit de la concurrence en Russie est l'instrument d'auto-flagellation du gouvernement : la main gauche tape la main droite en disant : allez, soit compétitive !* ».

Cette métaphore symbolise le dilemme du droit et la politique de la concurrence de Russie moderne : d'une côté il existe une vraie tentative de rapprocher la législation russe vers la législation européenne, en vue de l'intégrer plus au commerce international, de l'autre côté il existe encore d'anciennes habitudes soviétiques, et par ailleurs, le manque d'expérience et la peur que sans le soutien d'Etat les entreprises russes ne pourront pas survivre. Ainsi, la Russie se déchire entre l'envie de modernisation et l'influence du passé communiste.

Le domaine, où on voit le plus cette lutte entre les concepts, est le domaine du gaz. Jusqu'à aujourd'hui, il existe une croyance dans la société russe que le monopole sur le marché du gaz permet de l'exporter de manière plus efficace et assurer les prix du gaz sur le marché russe plus bas que dans les autres pays. Néanmoins, comme on le verra plus tard dans le cadre de ce chapitre, la situation commence à changer. Ainsi, on passe à l'analyse du monopole de Gazprom, cette spécificité du droit russe de la concurrence par rapport au droit européen.

Il faut souligner tout d'abord que le transport de gaz par gazoduc en Russie est couvert aussi par la « *Loi sur les monopoles naturels* » en vertu de l'article 4, première partie de cette loi. Par conséquent, ce marché est un monopole dont le bénéficiaire est Gazprom.

Par ailleurs, selon le Décret présidentiel de la Fédération de Russie du 5 novembre 1992, Gazprom est redevable des obligations suivantes : assurer une fourniture fiable de gaz à l'intérieur de la Fédération de Russie, assurer la fourniture de gaz à l'exportation conformément aux accords internationaux et intergouvernementaux, poursuivre une

⁸¹⁰ Expert de ConsultantPlus. <http://www.consultant.ru/sys/english/> 25.05.2012.

politique intégrée en matière de science, technologie et d'investissement eu égard à l'amélioration et au développement du Système unifié de fourniture de gaz (SUFG), et de permettre aux autres producteurs d'accéder au système national de transmission du gaz.

Puisque Gazprom détient une position dominante légalement approuvée, l'infraction au droit russe de la concurrence la plus fréquemment relevée est l'abus de position dominante. Ainsi, en 2003, les autorités russes anti-monopole ont ouvert quatre-vingt-quinze affaires d'abus de position dominante sur le marché du gaz, ce qui représente sept pour cent du montant brut total des affaires que ces autorités ont examiné en vertu de l'article 5 de la loi « sur la concurrence et la limitation de l'activité monopolistique sur les marchés de matières premières ». En 2004, soixante-trois nouvelles affaires d'abus de position dominante sur le marché du gaz ont été ouvertes, soit 9,6 % du montant brut total.⁸¹¹ En outre, en 2005, la proportion d'abus de position dominante parmi les violations du droit de la concurrence sur le marché du gaz était de quatre-vingt-six pour cent.⁸¹² En 2004 toujours, le montant total des amendes prononcées contre Gazprom, uniquement à cause de l'ajustement en hausse sur le marché du gaz liquéfié s'élevait à cent cinquante-quatre millions de roubles (soit un peu plus de quatre millions deux cent mille euro).⁸¹³

Clairement, le FAS mène des enquêtes, n'est pas effrayé de Gazprom, et tente réellement de créer une vraie concurrence sur le marché du gaz, ce dont on ne peut que se féliciter. Hélas, ces efforts n'ont pas véritablement permis de bouleverser la situation générale, sans doute à cause du statut particulier conféré à Gazprom par la « Loi sur les monopoles naturels ».

Aujourd'hui, quatre-vingt pour cent du marché russe du gaz est contrôlé par Gazprom. Gazprom, outre les opérations de production et de commercialisation du gaz, est la seule entreprise à gérer le transport par gazoduc.⁸¹⁴

A part Gazprom, d'autres sociétés gazières mènent leurs activités dans la Fédération de Russie. Parmi ces sociétés, on relève celles qui collectent le gaz associé, lequel peut être transporté avec le gaz naturel. A l'époque de la pénurie de gaz, de nombreux consommateurs rencontraient des difficultés dans l'obtention du « permis d'utilisation du

⁸¹¹ Press-release of FAS of Russia of 23 June 2005, http://www.fas.gov.ru/news/n_2157.shtml, 18.06.2012.

⁸¹² Analytical reports on the activities of the Central Office of FAS Russia on gas and coal markets, Department of Control and Supervision on the fuel and energy complex, 30 October 2005, http://www.fas.gov.ru/competition/goods/analysis/a_2889.shtml, 10.12.2009.

⁸¹³ Moscow, December 5th, 2005. Interfax (PTC: GAZP), http://www.fas.gov.ru/news/n_3660.shtml, 18.06.2012.

⁸¹⁴ Press-release of FAS of Russia of 2 June 2009, http://www.fas.gov.ru/news/n_24422.shtml, 18.06.2012.

gaz », à savoir la possibilité d'acheter du gaz russe au prix mondial. La production de Gazprom était insuffisante et certains consommateurs avaient conclu des accords de fourniture de gaz auprès de fournisseurs indépendants. Mais puisque le transport de gaz ne peut se faire que par les gazoducs de Gazprom, cette société est la seule à pouvoir rendre des services de transport à ses concurrents.⁸¹⁵

Selon le FAS, « récemment, de nouveaux problèmes concernant le système de transport de gaz de Gazprom sont apparus. Par conséquent, il arrive parfois que les producteurs qui concluent des contrats de fourniture de gaz auprès des consommateurs sont incapables de leur livrer. Cela s'explique parce que les demandes de concurrent d'accéder au réseau de gazoducs de Gazprom sont rejetées par cette société, au motif d'une impossibilité technique ». ⁸¹⁶ Simultanément, Gazprom a envoyé des lettres aux consommateurs pour leur proposer de livrer le gaz depuis les sources propres de Gazprom, ce qui, aux yeux du FAS démontre qu'il était bien possible techniquement d'utiliser les gazoducs et constitue une restriction de la concurrence au détriment des autres producteurs. Le FAS a par conséquent annoncé une action imminente contre Gazprom et ses filiales.⁸¹⁷

Cette situation a été ultérieurement commentée par la presse russe. Pour le journal *Vremya Novostei*, « les parties lésées n'ont pas formulé d'allégations concrètes, et toutes les informations ont été reçues par le FAS au cours de conversations informelles. Un représentant du FAS a annoncé au journal qu'il ne donnerait pas d'exemples spécifiques de peur que Gazprom ne se livre à des représailles contre les producteurs dépendants de gaz. Encore une fois, cela prouve l'impuissance presque totale du FAS dans sa bataille contre les entreprises d'Etat pour la conformité aux règles du droit de la concurrence. Les entreprises victimes de la discrimination hésitent à déposer une plainte officielle auprès du FAS parce qu'ils comprennent que leurs chances de succès sont proches de zéro, et que leur dispute avec Gazprom pourrait entraîner des pertes financières encore plus lourdes. C'est ce qui est arrivé au courtier *Transnafta*, qui a déposé une demande en justice contre Gazprom. Ses filiales ont également attaqué Gazprom pour ce qui est de la livraison de gaz aux sociétés *Taternego*. Le FAS a lancé les procédures et a considéré que la société monopoliste violait la loi, mais n'a pas pu lui imposer d'amende ». ⁸¹⁸

⁸¹⁵ Voir les articles 5 et 6 de la loi fédérale „Sur la fourniture de gaz en Russie“ de 31 mai 1999 N69-FZ.

⁸¹⁶ Press-release of FAS of Russia of 2 June 2009, http://www.fas.gov.ru/news/n_24422.shtml

⁸¹⁷ Ibidem.

⁸¹⁸ Петр ГЕЛЬТИЩЕВ, Алексей ГРИВАЧ, *Очередь за трубой*, On-line “Vremya Novostei”, 4th June 2009, N 96, <http://www.vremya.ru/2009/96/8/230570.html>, 18.06.2012.

Quelques temps plus tard, le journal en ligne *Lenta.ru* a rapporté qu'une amende de 157,7 millions de roubles a été prononcée contre Gazprom du fait de son refus irraisonnable de permettre à Transnafta d'accéder à ses gazoducs. Mais ultérieurement, le Tribunal de commerce de Moscou a donné raison à Gazprom en appel et a annulé les décisions du FAS au motif que Transnafta n'avait pas spécifié le montant de gaz à livrer à ses consommateurs dans ses demandes. Comme le signale *Lenta.ru*, les producteurs de gaz indépendants collectent environ quatorze à seize pour cent du montant total de gaz, mais ce chiffre pourrait s'élever à trente pour cent si les restrictions à l'accès aux gazoducs disparaissaient.⁸¹⁹

Néanmoins, le FAS a gagné d'autres procès contre Gazprom. Un de ces procès illustre particulièrement nettement le mouvement de la Russie vers la politique européenne de la concurrence en dépit des nombreuses barrières administratives, de la longue tradition russe de corruption et de l'existence de grandes entreprises d'Etat dans les secteurs-clés de l'économie.

En octobre 2009, la Cour de cassation du district de l'Oural a confirmé la décision de la direction du FAS de Tcheliabinsk. *Tcheliabinskregiongaz*, filiale de Gazprom, avait une position dominante sur le marché régional du gaz, et avait retardé de façon irraisonnable la révélation de l'existence de ressources libres de gaz naturel. Cette Cour de cassation était la troisième juridiction à approuver la décision du FAS, après le Tribunal de première instance et la Cour d'appel. Le FAS avait relevé qu'entre 2007 et 2008, trois sociétés (OOO « SpartaM », OOO « OuralSpecMach » et ZAO « Promvysota ») avaient demandé à *Tcheliabinskregiongaz* si des ressources gazières libres existaient dans la région. L'absence de réponse de la filiale de Gazprom pendant une durée allant de huit à dix mois, selon les cas, constituaient une barrière à l'entrée sur le marché pertinent selon le FAS, même si la loi ne précisait pas dans quelle délai ce type d'information devait être révélé. Le FAS en a donc conclu à l'existence d'un abus de position dominante.⁸²⁰

Aussi, en continuant la lutte pour une concurrence efficace sur le marché russe, Igor Artemiev a participé le 26 mars 2012 à une réunion avec le gouvernement russe et a proposé de terminer le monopole de Gazprom de marché du gaz au détail. Il a dit qu'un tel

⁸¹⁹ FAS again accused Gazprom of monopolism, *Lenta.ru*, 21 October 2009, <http://lenta.ru/news/2009/10/21/fas/>

⁸²⁰ The Court of Cassation approved the position of FAS' directorate in Chelyabinsk: Chelyabinskregiongaz delayed the terms of the delivery of the gas' free resources' existence, Press-release of FAS of Russia of 8 October 2009, http://www.fas.gov.ru/news/n_26930.shtml

monopole n'a pas d'équivalent dans le monde, et qu'il faut rendre d'abord la possibilité de vendre le gaz au détail aux municipalités et après dresser une attestation des sociétés privées intéressées et leurs donner des licences pour travailler sur le marché du gaz au détail. En plus, le chef du FAS a proposé d'inclure le domaine du gaz dans le programme du développement de la concurrence en Russie. Il a proposé aussi de donner une grande partie de l'extraction du gaz aux nouvelles sociétés, en laissant tout à fait les anciennes réserves du gaz au Gazprom, mais en donnant les nouvelles réserves aux nouvelles sociétés.⁸²¹

Aussi il faut souligner aussi qu'en suivant les règles européennes de la concurrence Gazprom a retiré la clause dans ces contrats interdisant à revendre le gaz russe sur le territoire de l'UE par les premiers acheteurs (voir le paragraphe 22.1).⁸²²

Ainsi, il existe l'espoir qu'un jour même le marché du gaz russe sera ouvert pour la concurrence et les principes du droit européen de la concurrence vont être incorporés pleinement dans la législation russe sur la concurrence.

Section 2. L'importance économique pour les entreprises russes et européennes de la coopération russo-européenne dans le domaine du droit de la concurrence.

132. Tout d'abord il faut dire qu'il existe très peu de la littérature de tout le sorte (médias, essais, articles) sur le sujet analysant les business relations des entreprises russes avec les entreprises européennes. Il est bien possible que l'absence de la littérature sur le sujet est expliqué par le fait qu'à part quelques grandes entreprises russes comme Gazprom ou Alrosa, qui exportent les hydrocarbures (Gazprom) et les minéraux (diamants pour Alrosa) il n'y a pas beaucoup des entreprises russes présents sur le marché mondial et, particulièrement européen, en prenant en considération le caractère de l'économie basé sur l'exportation des hydrocarbures et les matières premières.

Comme on a déjà dit, Gazprom a changé ses contrats avec les partenaires européens, en suivant les demandes de la Commission européenne, en conformité avec le droit européen de la concurrence, ce qui a permis de renouveler ses contrats avec plusieurs sociétés européennes (voir le Chapitre 1 du Titre I de la thèse).

⁸²¹ Артемьев обвел «Газпром» вокруг конфорки, 26.03.2012, <http://www.rbcdaily.ru/2012/03/26/focus/562949983360678/print/>

⁸²² Voir aussi <http://eng.gazpromquestions.ru/?id=4> 31.05.2012

Ainsi, GDF SUEZ (France) a renouvelé son contrat d'importation du gaz de Gazprom jusqu'en 2030, E.ON Ruhrgas (Allemagne) jusqu'en 2035, Wintershall Holding (Allemagne) jusqu'en 2030, Gasum (Finlande) jusqu'en 2026, RWE Transgas (République tchèque) jusqu'en 2035, et ENI (Italie) jusqu'en 2035. Les prolongations des contrats jusqu'en 2027 et les nouveaux arrangements ont été trouvés avec les Autrichiens EconGas, GWH et Centrex. Les contrats étaient conclus avec Conef Energy (Roumanie) pour la période 2010-2030, avec les Suisses WIEE pour la période 2013-2030, WIEH jusqu'en 2027, les Tchèques de Vemex tchèque jusqu'en 2013, et les Italiens de PremiumGas jusqu'en 2024 et de Sinergie Italiana jusqu'en 2022.

On voit que le monopole russe de gaz a beaucoup de partenaires européens, et même s'il ne joue pas selon les règles sur son marché national, elle le fait sur le marché européen.

L'autre société russe affectant le marché européen est Alrosa.⁸²³ Elle est la deuxième plus grande entreprise diamantifère du monde après De Beers (la première entreprise d'extraction et de commercialisation de diamants dans le monde)⁸²⁴, avec une production qui totalise près de 25 % de la production diamantifère mondiale.

Il est intéressant à noter qu'en 2001, Alrosa et De Beers ont conclu un accord selon lequel De Beers avait le droit exclusif de la vente des diamants d'Alrosa en dehors de la Russie pour la valeur de \$ 800 millions jusqu'en 2006. Cet accord était prolongé une fois, mais a pris fin en 2008, suite à la décision de la Cour de Justice confirmant la décision de la Commission européenne qui obligeait De Beers SA de cesser ses achats de diamants bruts à Alrosa à partir de l'année 2009, à l'issue d'une phase de réduction progressive de ses volumes d'achats de l'année 2006 à l'année 2008, dans le but de la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité. Ainsi, à partir de 2009 Alrosa vend ses diamants sur le marché mondial elle-même.

Il faut dire que la décision de la Commission interdisant une telle coopération entre De Beers et Alrosa, puis la décision du Tribunal soutenant la position d'Alrosa et quelques années plus tard la décision de la Cour de Justice soutenant la position de la Commission concernant les activités de cette société russe ont attiré encore une fois l'attention sur le

⁸²³ Voir <http://www.eng.alrosa.ru/>

⁸²⁴ <http://www.debeers.fr/about-de-beers> 01.06.2012.

sujet de l'importance du droit européen de la concurrence pour toutes les entreprises de dimension mondiales, et, particulièrement, pour les sociétés russes.⁸²⁵

Ces décisions ont prouvées encore une fois que, dès que les entreprises russes sortent sur le marché mondial, elles sont obligées de prendre en considération les règles du droit européen de la concurrence, ce que sera plus facile si on a les mêmes règles sur le marché national.

En conclusion on peut mentionner l'existence de *The Association of European Business in the Russian Federation (AEB)*⁸²⁶ qui prouve encore une fois l'intérêt des entreprises européennes de sortir sur le marché russe et de travailler sur ce marché. Ainsi, la coopération russo-européenne dans le domaine du droit de la concurrence est très importante pour les entreprises de deux marchés.

⁸²⁵ Voir CJCE, 29.06.2010, *Commission c/Alrosa*, Aff. C-441/07 P, Rec. 2010 p. I-05949; Conclusions d'AG Kokott, 17.09.2009, *Commission c/Alrosa*, Aff. C-441/07 P, Rec. 2010 p. I-05949; TPI, 17.06.2007, *Alrosa c/ Commission*, T-170/06, Rec. 2007 p. II-02601.

⁸²⁶ <http://www.aebrus.ru/>

PARTIE III. VERS UN ACCORD INTERNATIONAL SUR LA CONCURRENCE.

“You cannot solve current problems with current thinking.

Current problems are the result of current thinking”.

Albert Einstein.

133. Plan. La présente partie de la thèse propose une des solutions possibles aux problèmes issus de l’application extraterritoriale du droit de la concurrence (directe et indirecte) analysée attentivement et soigneusement dans les deux premières parties de la thèse. Comme c’était mentionné plusieurs fois, cette recherche soutient l’idée que l’accord international sur la concurrence pourrait résoudre la plupart de ces problèmes. Il paraît que l’Organisation Mondiale du Commerce (l’OMC) est le meilleur forum pour négocier et conclure tel accord. Par conséquent, il sera expliqué pourquoi il existe un besoin pour un droit international de la concurrence, qui sont les adversaires et qui sont les partisans de telle idée, et pourquoi l’OMC paraît être la meilleure institution pour la conclusion d’un accord international sur la concurrence (Titre I).

Comme le disait Albert Einstein « *You cannot solve current problems with current thinking. Current problems are the result of current thinking* ». Ainsi, aujourd’hui l’approche générale vers la résolution des problèmes issus du droit de la concurrence est la conclusion des plusieurs accords bilatéraux. Toutefois, comme on l’a vu dans les deux premières parties de la thèse, la conclusion des accords bilatéraux ne suffit pas pour assurer la sécurité juridique pour les entreprises en ce qui concerne la régulation de la concurrence. Conséquemment, on a besoin d’une autre approche : à la place des plusieurs accords bilatéraux (ou parfois même l’absence de tels accords) conclure un accord multilatéral ayant comme les signataires la plupart des pays du monde. Au sein de cette partie on analyse telle possibilité dans le cadre de l’OMC. Cependant, on présentera aussi notre vision concernant quelles dispositions doit avoir tel accord et quelle sphères du droit de la concurrence et de la coopération internationale il doit régler tout d’abord (Titre II).

Titre I. UN ACCORD INTERNATIONAL SUR LA CONCURRENCE AU SEIN DE L'OMC.

“Globalization has created a need for some form of international competition law enforcement, and for the moment many jurisdictions believe the WTO to be the appropriate forum”.

H. Lee, Influencing a Global Agenda: Implication of the Modernization of European Competition Law for the WTO, ELER 1, n°2 (June 2004), p.137.

134. Plan. Le présent Titre vise à montrer pourquoi il existe la croyance que l'OMC est le meilleur forum pour les négociations et la conclusion d'un accord international sur la concurrence. Ainsi, la position de la Commission européenne concernant la conclusion de tel accord sera examinée, ensuite, les points des vues des autres acteurs sur l'arène internationale tels quels sont les pays adversaires et les pays partisans d'un droit international de la concurrence vont être analysés (Chapitre 1). Finalement, au sein de ce Titre il sera expliqué en détails pourquoi l'OMC est la meilleure organisation pour la conclusion d'un accord international sur la concurrence (Chapitre 2). On espère que présente recherche pourra montrer les possibilités réelles pour conclure tel accord et prouver les atouts de ceci.

Ce Titre est en quelque sort préparatoire pour le Titre final de la thèse, dans le cadre duquel le modèle d'un accord international sera présenté. On s'approche à la culmination de cette recherche, après avoir présenté la plupart des problèmes issus de l'application extraterritoriale du droit de la concurrence, il est nécessaire de proposer une solution dans le but d'aider les entreprises et les régulateurs maintenir et protéger la concurrence efficace sur tous les marchés, et à la fin du compte de protéger les consommateurs partout dans le monde.

Chapitre 1. Les propositions de l'UE de mesures multilatérales. Pourquoi croit-on au droit international de la concurrence ?

„Sometimes all it takes is a leap of faith. “

Etta James,

„Leap of Faith“, album „Let's Roll“. Private Music. 2003.

135. Dans le cadre de ce chapitre ils seront examinés, premièrement, les intérêts et les buts poursuivis par la Commission (section 1), deuxièmement, les adversaires d'un droit international de la concurrence (section 2) et finalement, le point de vue des partisans d'un droit international de la concurrence dans le cadre de l'OMC (autres que l'UE) (section 3). Ainsi, tout d'abord la position de la Commission européenne concernant la conclusion d'un accord international au sein de l'OMC sera présentée et analysée, cette position représente dans une certaine mesure la position de l'UE sur la nécessité d'un accord sur la concurrence.

Section 1. Les intérêts et les buts poursuivis par la Commission européenne.

136. En commençant explorer les buts poursuivis par la Commission, on peut se demander quel est l'intérêt général de l'UE concernant la régulation de la concurrence sur le marché mondial ? Comme il était montré auparavant (voir paragraphes 117 et s.) certains États tiers acceptent le modèle européen de la politique de la concurrence comme la base pour leurs politiques concurrentielles nationales dans le but d'aider leurs entreprises à exporter leurs biens et services vers le marché européen plus facilement, tandis que l'UE promeut son modèle du droit de la concurrence au monde entier pour que les entreprises européennes aient les mêmes règles du jeu sur les marchés étrangers que sur le marché de l'UE. Néanmoins, telle coopération n'est pas tout à fait suffisante.

Ainsi, l'UE reconnaît dans une de ses Communications que l'une des raisons essentielles la poussant à recommander l'adoption des règles internationales de la concurrence était qu'une pareille attitude faisait *« toujours partie de la stratégie de la Communauté sur l'accès au marché : les pratiques anticoncurrentielles empêchent les compagnies européennes d'accéder aux marchés des pays tiers; et, en l'absence de mesures*

appropriées d'exécution de droit de la concurrence dans les marchés tiers, la résolution de ce problème est impossible ». ⁸²⁷ La Commission a mentionné aussi que les entreprises européennes n'ont pas autant de succès à l'étranger que leurs concurrentes de pays tiers en Europe. ⁸²⁸ Dans son Rapport connu, lequel sera analysé en détails au-dessous, le Commissaire Karel Van Miert remarque que: « *[notre] politique de concurrence stricte garantit aux entreprises d'États tiers que l'accès au marché communautaire ne sera pas compromise en raison de pratiques restrictives des entreprises européennes qui cherchent à protéger leurs marchés traditionnels.*

Mais cette garantie demande la réciprocité ! Si les autres pays sont moins vigilants que nous le sommes en ce qui concerne le comportement anticoncurrentiel de leurs compagnies, l'accès à leurs marchés pour les produits communautaires sera bloqué ». ⁸²⁹

En répondant à cet « appel » le professeur Daniel Goyder remarque que: « *Une stricte réciprocité exigerait que les pays étrangers adoptent le modèle européenne d'exécution des lois* ». ⁸³⁰ L'UE n'exige pas, cependant, expressément cette réciprocité exacte par acceptation du modèle européen du droit de la concurrence par tous les pays. ⁸³¹ Néanmoins, elle travaille dans cette direction et propose son aide à tous ce qui en ont besoin, poursuivant en même temps ses propres intérêts. Pour que les entreprises européennes soient compétitives sur les marchés des pays tiers la meilleure solution sera d'harmoniser les politiques concurrentielles de l'UE et celles des États tiers.

Comme l'UE a plus de 50 ans d'expérience dans le domaine de la politique et du droit de la concurrence, elle pourra, sans doute, être un bon guide et un bon exemple pour les pays qui ont juste découvert ce domaine du droit (comme, par exemple, la Chine).

⁸²⁷ *The Community has admitted that one of its « main reasons » for recommending « the adoption of international rules on competition » has always been “as part of the Community’s strategy on market access: anti-competitive practices are keeping our firms out of third country markets but they cannot, in the absence of proper enforcement measures in those third markets, be tackled effectively without international rules”.* Commission Communication, Annex at p.2 (see fn.2). D.G. GOYDER, *EC Competition Law*, Oxford University Press, NY, 2003. p.511.

⁸²⁸ Ibidem.

⁸²⁹ *“[Our] strict competition policy guarantees companies from third countries that access to the Community market will not be compromised as a result of restrictive practices by European companies seeking to protect their traditional markets.*

But this guarantee calls for reciprocity! If other countries are less vigilant that we are with regard to the anti-competitive behaviour of their companies, access to their markets for Community products will be blocked”.

EU Commission, *Competition Policy in the New Trade Order: Strengthening International Co-operation and Rules*, Report of the Group of Experts (Luxembourg: OOPEC, July 1995), p.3. (the “Van Miert Report”).

⁸³⁰ *“Strict reciprocity would require that foreign countries adopt the European enforcement model”.*

Daniel G. GOYDER, *EC Competition Law*, Oxford University Press, NY, 2003. p.512.

⁸³¹ Ibidem.

Selon le point de vue de l'UE, et le point de vue soutenu par cette recherche, mais aussi du point de vue de l'efficacité, les mécanismes de l'OMC seraient le meilleur instrument de l'harmonisation du droit de la concurrence partout dans le monde (v. COM(96)284 final 18.06.1996). En comprenant cette position unique de l'OMC et ses possibilités l'UE a fait plusieurs appels à cette organisation mondiale en proposant de conclure un accord multilatéral sur droit de la concurrence.

Section 2. Les adversaires d'un droit international de la concurrence.

137. La force la plus puissante opposée à ce mouvement vient des États-Unis, avec leur propre modèle bien développé du droit de la concurrence. La spécificité de ce modèle ne permet pas de l'accepter par la plupart des pays dans la mesure où les États-Unis représentent le modèle de « common law », lequel n'est pas aussi répandu dans le monde que le modèle continental (c'est-à-dire le modèle européen) (voir paragraphe 113)⁸³² Les États-Unis soupçonnent également que le dénominateur commun des règles internationales de la concurrence garantira des standards plus bas que ceux en application aux États-Unis, puisque les pays en voie de développement qui sont membres de l'OMC n'ont pas d'expérience dans ce domaine.⁸³³

Comme les États-Unis, quelques pays en voie de développement sont contre la conclusion d'un accord sur la concurrence dans le cadre de l'OMC. Les voix les plus fortes contre la conclusion d'un accord international sur la concurrence viennent des pays d'Asie. L'Inde, la Malaisie et Hong-Kong sont les adversaires les plus résolument opposés aux nouvelles négociations dans le cadre de l'OMC sur le sujet. Hong-Kong affirme que sa politique du commerce libre assure l'absence de cartels et de monopoles, et que les pires pratiques anticoncurrentielles sont entretenues par les règles d'anti-dumping de l'UE et des États-Unis. L'Inde a souvent soutenu les appels internationaux contre les pratiques restrictives commerciales, et elle a parlé en faveur de l'application de règles d'UNCTAD (The UN Set of Principles and Rules on Competition « *The Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for Controlling Restrictive Business Practices* »⁸³⁴ - ci-après « UNCTAD Set »), mais elle ne voit aucun profit dans les propositions européennes. Elle a déjà un droit

⁸³² William E. KOVACIC, « *Competition Policy in the European Union and the United States : Convergence or Divergence ?* », 5th Annual Antitrust Conference, Washington, D.C., June 2, 2008

⁸³³ Daniel G. GOYDER, *EC Competition Law*, Oxford University Press, NY, 2003. p.513.

⁸³⁴ <http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf10r2.en.pdf> , 30.11.2010.

de la concurrence et elle ne voit pas la nécessité de conclure un accord international. Par ailleurs, elle est suspicieuse des motivations de l'UE. L'Inde est d'accord que les questions de la concurrence internationale entrent en principe dans le champ de la compétence de l'OMC, mais elle insiste qu'il n'est pas encore temps d'établir les règles communes. C'est la position de l'Inde sur ce point qui a presque détruit l'accord de Doha, mais récemment elle a commencé de changer son approche sur ce sujet. Un de plus grand souci de l'Inde est qu'aucun accord international sur la concurrence ne doit pas limiter le champ d'application de la politique nationale du développement industriel ; les partisans de propositions de l'UE disent qu'il n'y a aucun raison pour qu'un tel accord international doive empêcher le développement industriel indien.⁸³⁵ Certains pays en voie de développement ont aussi peur que les exigences du tel accord international soient trop avancées pour eux, et qu'ils en retirent plus de défis que de profits.⁸³⁶

Par ailleurs, ils sont déçus de l'échec de l'OMC de leur prêter un meilleur accès au marché de pays développés.⁸³⁷ Ainsi, ils n'ont pas confiance en la nouvelle proposition concernant la création du droit international de la concurrence. Ils craignaient qu'une telle proposition ne contienne un nouvel accord du type de l'accord sur les ADPIC (L'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle – ci-après l'accord sur les ADPIC).⁸³⁸ Selon quelques auteurs et selon l'opinion de quelques pays en voie de développement le dernier accord contient des exigences très avancées pour les pays moins développés à correspondre.⁸³⁹ Ainsi, la décision de novembre 2005 de l'OMC de prolonger jusqu'à juillet 2013, pour les pays les moins développés (ci-après PMD), le terme de l'adoption des obligations et des règles prévues par l'accord sur les ADPIC a été clairement une décision qui s'inclina devant l'inévitable: tous les PMD n'ont pas été capables d'assumer toutes leurs obligations selon l'accord sur les ADPIC, le 1^{er} janvier 2006 comme il était prévu. La prolongation du délai d'adoption des règles de l'accord sur les ADPIC en 2005 pour les PMD était la preuve d'un défaut fondamental dans l'approche de l'OMC intitulée «engagement unique» («*single undertaking*»). En outre, une telle prolongation concernant

⁸³⁵ Peter HOLMES, *Trade and Competition Policy: at the WTO Issues for Developing Countries*, CRC/CARR/Aston Business School Joint Workshop 2003. Risk, Regulation, Accountability & Development, Manchester, UK, June 2003., <http://www.competition-regulation.org.uk/conferences/mcrrcarr03/pholmes.pdf>, 18.11.2010.

⁸³⁶ Brendan SWEENEY, *International Competition Law and Policy: a Work in Progress*, Melbourne Journal of International Law, Vol. 10, May 2009, Issue I.

⁸³⁷ Brendan SWEENEY, *International Competition Law and Policy: a Work in Progress*, op.cit.

⁸³⁸ Ibidem.

⁸³⁹ Ibidem.

l'accord sur les ADPIC pour les PMD est une preuve d'une défaillance des pays développés à tenir leur promesse de fournir l'assistance technique aux PMD de sorte que les derniers aient les ressources humaines et techniques nécessaires pour assumer leurs diverses obligations légales dans le cadre de l'OMC. A tout le moins, la prolongation discutée en 2005 prouve un manque d'appréciation de la profondeur de problèmes auxquels sont confrontés les PMD lorsqu'ils tentent de remplir leurs obligations juridiques de l'OMC et de devenir membres à part entière du système commercial multilatéral.⁸⁴⁰

Selon la position du gouvernement américain, présentée par Joel Klein en 1996⁸⁴¹ avant la conférence ministérielle de l'OMC à Singapour, à cause du manque d'expérience dans le domaine du droit de la concurrence de nombreux membres de l'OMC, la création des règles de concurrence ne devrait pas avoir lieu avant que la connaissance généralement répondue soit acquise, grâce au partage d'expériences et d'assistance technique entre les nations.⁸⁴²

138. La Charte de la Havane. Ce n'est pas la première fois que les États-Unis sont la cause de l'échec d'une tentative internationale de conclure un accord multilatéral en rapport avec le droit de la concurrence. La fameuse Charte de la Havane⁸⁴³ avec le chapitre V intitulé « *Pratiques commerciales restrictives* » n'est jamais entrée en vigueur en raison de sa non-ratification par le Congrès des États-Unis.⁸⁴⁴ La Charte de la Havane envisageait la création d'une Organisation internationale du Commerce (ci-après OIC) en tant qu'organe spécial des Nations Unies, conclue en 1948, qui devrait servir de cadre aux relations commerciales internationales entre les États. L'OIC aurait regroupé dans un même accord un régime applicable aux pratiques commerciales restrictives pouvant restreindre la concurrence dans les échanges internationaux et un régime applicable aux mesures gouvernementales ayant le

⁸⁴⁰ Kevin KENNEDY, *The 2005 TRIPS Extension for the Least-Developed Countries: a Failure of the Single Undertaking Approach?*, 40 International Lawyer, Fall, 2006, p.683-701.

⁸⁴¹ *A Note of Caution with respect to a WTO Agenda on Competition Policy*, Joel KLEIN, 18.11.1996, <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/0998.htm>

⁸⁴² Joel KLEIN, *No monopoly on antitrust, It would be premature for the WTO to seek to enforce global competition rules*, Financial Times, February 13, 1998, 20.

⁸⁴³ La Charte de la Havane (UN Doc. E/Conf. 2/78, 1948, http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/prewto_legal_f.htm)

⁸⁴⁴ Ali Cenk KESKIN, *Contribution à la recherche d'un cadre juridique pour un droit international de la concurrence plus efficace*, Thèse en droit, Université Paris I – Université Galatasaray, 2009. p.122.

même effet. Conséquemment le GATT n'a repris que la partie de l'éventail des normes proposées par la Charte de la Havane.⁸⁴⁵

Le projet de la Charte avait une double portée. D'abord, le projet était le premier texte international qui envisageait de créer un véritable système de réglementation juridique de la concurrence en matière de droit du commerce international. Ensuite, il commençait à présenter une véritable source d'inspiration, riche en contenu, pour les futurs projets internationaux envisageant d'établir du droit international de la concurrence. En outre, le projet de la Charte de la Havane est la preuve concrète d'un besoin de réglementer le droit de la concurrence au niveau international.⁸⁴⁶ La Charte préconise de mettre en place un mécanisme contraignant, différent des méthodes conventionnelles du droit international de la concurrence. La particularité de ce domaine oblige à créer un système autonome et efficace. La Charte avait envisagé d'accomplir cette tâche par les procédures de consultation et d'enquête. Son efficacité était renforcée puisqu'elle étendait son champ d'application aux entreprises publiques et privées et aux États souverains, garants de l'ordre public économique.⁸⁴⁷

Le chapitre V de la Charte de la Havane intitulé « *Pratiques commerciales restrictives* » est constitué des articles 46 à 54. La Charte prévoit dans ce chapitre les objectifs qui doivent être réalisés par les États. Autrement dit, il incombe aux États de prendre les mesures nécessaires et de coopérer pour empêcher l'existence de « pratiques restrictives de concurrence ».⁸⁴⁸

Le chapitre VI contenait une énumération qui aurait pu couvrir la presque totalité des pratiques commerciales restrictives. Six catégories étaient déclarées illégales : les ententes sur les prix, les accords de division géographique du marché, les pratiques discriminatoires au détriment d'entreprises déterminées, celles qui limitent la production ou fixent des contingents de production, celles qui, par voie d'accord, empêchent l'amélioration ou la

⁸⁴⁵ Benoît MERKT, *Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence. Droit du GATT/OMC, droit européen, accords bilatéraux et perspectives pour le droit suisse, op.cit.*, p. 63.

⁸⁴⁶ Ali Cenk KESKIN, *Contribution à la recherche d'un cadre juridique pour un droit international de la concurrence plus efficace*, Thèse en droit, Université Paris I – Université Galatasaray, 2009. p.126.

⁸⁴⁷ Ibidem.

⁸⁴⁸ Benoît MERKT, *Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence. Droit du GATT/OMC, droit européen, accords bilatéraux et perspectives pour le droit suisse, op.cit.*, p. 64.

mise en œuvre de procédés techniques ou d'inventions brevetées et l'usage abusif de droits de propriété intellectuelle.⁸⁴⁹

On considère aussi que la Charte reposait sur deux obligations de résultat. D'une part, prendre les mesures nécessaires contre les pratiques restrictives et, d'autre part, collaborer et coopérer aux travaux de l'Organisation internationale du Commerce qui sera investie de la personnalité juridique (article 89 de la Charte de la Havane).⁸⁵⁰ Cependant, elle n'est jamais entrée en vigueur du fait de sa non-ratification par le Congrès des États-Unis et l'organisation qu'elle instituait n'a dès lors jamais vu le jour. Si la Charte de Havane avait été adoptée, un droit international de la concurrence aurait existé au niveau mondial. Il est vrai que l'absence de ratification par le Congrès américain a rendu impossible la mise en œuvre de ce projet historique de création du droit international de la concurrence.⁸⁵¹

Il est aussi intéressant de voir à l'époque actuelle que les règles du commerce international qui avait été pensées comme complémentaires des règles de concurrence sont devenues secondaires. Or, aujourd'hui, il est question de compléter les règles du commerce international par des règles de concurrence. À la suite de l'échec de ce projet historique les parties contractantes ont dû suivre un autre chemin, différent de celui qu'ils avaient prévu.⁸⁵²

Section 3. Les partisans d'un droit international de la concurrence dans le cadre de l'OMC.

139. L'idée de création du droit international de la concurrence dans le cadre de l'OMC est soutenue non seulement par l'UE mais aussi par le Canada, le Japon et la Corée du Sud.⁸⁵³ Il peut paraître bizarre que Japon avec son application du droit de la concurrence assez spécifique (système de *keiretsu*)⁸⁵⁴ ne soit pas opposé à l'idée de l'adoption des règles

⁸⁴⁹ Ibidem.

⁸⁵⁰ Ali Cenk KESKIN, *Contribution à la recherche d'un cadre juridique pour un droit international de la concurrence plus efficace*, op.cit., p.123.

⁸⁵¹ Ibidem. p.125.

⁸⁵² Ibidem. p.126.

⁸⁵³ Brendan SWEENEY, *International Competition Law and Policy: a Work in Progress*, Melbourne Journal of International Law, Vol. 10, May 2009, Issue I.

⁸⁵⁴ Le *keiretsu*, terme japonais qui en français signifie conglomérats économiques, qui sont des groupes d'entreprises dont les sociétés qui les intègrent collaborent entre elles, ayant des fins stratégiques en particulier, en ce qui concerne les affaires internationales.

Ces groupes d'entreprises, provenant des *zaibatsu* (le *zaibatsu* étaient des entreprises conglomérées possédées par famille qui ont été favorisées par le gouvernement de Meiji du Japon) sont caractérisés par un complexe réseau de liens, généralement caractérisés par des relations contractuels informels, entre des sociétés qui

internationales dans ce domaine. On peut trouver l'explication dans le fait que Japon reste beaucoup moins agressif en ce qui concerne l'application extraterritoriale de sa loi anti – monopole (*Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade 1947 (Antimonopoly Act)*). En prenant en considération les liens traditionnels, verticaux comme horizontaux, entre les entités commerciales au Japon il semble peu probable que ce pays adopte dans le proche futur la doctrine de l'effet au sens plein du terme, tandis que pour les États-Unis la possibilité d'appliquer ses lois concurrentielles presque sans limites, dans le cas où le marché américain est concerné, représente le point crucial dans la discussion sur l'adoption des règles concurrentielles internationales.⁸⁵⁵

Quelques académiciens australiens supportent aussi l'idée de la conclusion d'un accord international sur la régulation de la concurrence dans le cadre de l'OMC. En particulier, le professeur Brendan Sweeney (*Monash University*, Australie) a publié plusieurs articles⁸⁵⁶ sur la nécessité de la conclusion d'un accord multilatéral dans le cadre de l'OMC en vue de protéger la concurrence partout dans le monde.

Conclusion.

140. Il est tout à fait normal et même naturel d'avoir les partisans à une idée et l'opposition. Néanmoins, dans les chapitres suivants on espère de convaincre qu'un accord international sur la concurrence au sein de l'OMC est la meilleure solution à tous les problèmes issus de l'application extraterritoriale du droit de la concurrence. En proposant aussi le modèle unique de l'accord on vise à satisfaire les besoins des régulateurs (y compris ceux-ci opposés à l'idée actuellement) ainsi que les acteurs (les entreprises).

appartiennent aux plus variés secteurs d'activité comme par exemple la banque, l'industrie et la distribution. Une autre importante caractéristique du *keiretsu* est le fait que les relations entre leurs membres sont clairement définies dans une échelle hiérarchique, se présentant au dessus une société leader (généralement la société responsable de la gestion de la marque et des affaires internationales) qui se correspond seulement avec un ensemble de sociétés qui occupent le second niveau; ces dernières se rapportent seulement avec les sociétés de troisième niveau et ainsi successivement. Paulo NUNES, *Concept de Keiretsu*, Sciences Économiques et Commerciales – Gestion, <http://www.knoow.net/fr/scieeconcom/gestion/keiretsu.htm> , 13.09.2010.

⁸⁵⁵ Brendan SWEENEY, *Globalization of Competition Law and Policy: Some Aspects of the Interface between Trade and Competition*, MJIL, Vol.5, 2009 (2); voir Takaaki KOJIMA, *International conflicts over the Extraterritorial Application of Competition Law in Borderless Economy*, Fellowship paper, Weatherhead Center for International Affairs, Harvard University, 2001-2.

⁸⁵⁶ Par exemple, Brendan SWEENEY, *Globalization of Competition Law and Policy: Some Aspects of the Interface between Trade and Competition*, MJIL, Vol.5, 2009 (2), et les autres.

Chapitre 2. L'OMC comme plateforme pour la création d'un droit international de la concurrence.

*« L'OMC est la seule organisation internationale
qui s'occupe des règles régissant le commerce entre les pays.*

*Sa principale fonction est de favoriser autant que possible
la bonne marche, la prévisibilité et la liberté des échanges ».*

www.wto.org

Introduction au problème de la coopération au sein de l'OMC.

141. Avant de commencer analyser le possible rôle de l'OMC en tant que forum pour la conclusion d'un accord international sur la concurrence, il est nécessaire de faire une brève introduction à ce sujet, donner l'information fondamentale concernant l'approche de l'UE concernant la création d'un droit international de la concurrence au sein de l'OMC. Cette approche est souvent représentée par la Commission européenne laquelle sert en quelque sorte comme la voix de l'UE dans ce cas. Ainsi, dans le but de mieux comprendre la position générale de l'UE sur le sujet il faut examiner ceci de la Commission européenne.

142. La position de la Commission. On peut résumer l'approche moderne de la Commission par les étapes suivantes. Premièrement, suite à un rapport d'experts concernant la nécessité de la coopération internationale fait en 1996, la Commission européenne a lancé l'idée d'un accord mondial sur la concurrence (Communiqué de presse de la Commission IP/96/523, 18 juin 1996). Ce devrait être un accord dans le cadre de l'OMC, en vertu de laquelle les pays pourraient adopter les règles internes du contrôle des fusions, de l'abus de la position dominante, et des pratiques commerciales restrictives, les règles relatives à l'échange d'informations et notifications de décisions, et pourrait éventuellement devenir les règles de fond internationales. Deuxièmement, la communication de la Commission a inspiré la création, en 1998, d'un groupe de travail de l'OMC sur l'interaction entre le commerce et la politique de concurrence et la Commission a continué de présenter des propositions similaires dans ce domaine. Troisièmement, en 2000 le commissaire Mario Monti a proposé qu'un « *Forum international de la concurrence* » soit créé en vue de

répondre au besoin de la discussion entre les responsables du développement et les managers de la politique de concurrence dans le monde entier. L'objectif final serait de parvenir à une convergence maximale et le consensus entre les participants par le dialogue et par l'échange d'expériences sur la politique d'application et la pratique du droit de la concurrence. Partiellement à cause de ces initiatives, la conférence ministérielle de l'OMC à Doha en Novembre 2001 est convenue de négocier la conclusion d'un accord multilatéral sur le commerce et la concurrence. Cela a abouti à la création d'un groupe de travail, mais malheureusement sans un vrai progrès.⁸⁵⁷ Ainsi, l'accord international multilatéral sur la concurrence n'était jamais conclu.

143. Plan. Cependant, le présent chapitre vise à expliquer en détails pourquoi il est possible et même logique d'utiliser, comme l'a déjà proposé la Commission, l'OMC comme la plateforme pour créer un droit international de la concurrence. Il était mentionné tout au long de la recherche que l'OMC convient idéalement pour régler les problèmes de la concurrence internationale. Dans le cadre de ce chapitre tous les bienfaits de la conclusion d'un accord international sur la concurrence au sein de l'OMC seront montrés. Il y a deux sections au sein de ce chapitre : la première est consacrée à la question fondamentale de savoir est-il l'OMC le forum approprié pour créer un droit international de la concurrence, et la deuxième – aux tentatives européennes de convaincre les autres membres de l'OMC de travailler sur un accord concernant la concurrence. Malheureusement, comme c'était dit au-dessus, ces tentatives n'ont pas eu beaucoup de succès, et actuellement il n'existe pas un accord dans le cadre de l'OMC sur la concurrence. Conséquemment, il est nécessaire de proposer un accord qui pourra être adopté par les membres de l'OMC, lequel sera efficace et acceptable pour tous les participants. Ainsi, le modèle de tel accord est présenté dans le chapitre final de cette thèse.

Section 1. Pourquoi choisit-on l'OMC comme forum pour la création d'un droit international de la concurrence?

144. La première question à analyser est de savoir pourquoi l'UE croit à la création d'un droit international de l'OMC. Tout d'abord, comme il était déjà dit, les règles des accords GATT-OMC, même si elles ne règlent pas encore un comportement anticoncurrentiel

⁸⁵⁷ Brendan SWEENEY, *Globalization of Competition Law and Policy: Some Aspects of the Interface between Trade and Competition*, MJIL, Vol.5, 2009 (2).

des entreprises, interdisent déjà la plupart des aides d'État lorsque cela affecte le commerce international.⁸⁵⁸ Ainsi, c'est un des raisons pourquoi il sera organique et naturel de continuer exploiter ce système en ajoutant les règles spéciales sur la concurrence. Les autres raisons tels quels : la quantité des membres de l'OMC, l'existence de mécanismes de la résolution des disputes, la possibilité de conclure un accord contraignant etc. sont présenté sous le forme d'un tableau (Figure 1). En plus, dans le cadre de ce tableau la coopération au sein de l'OMC est comparée à la coopération au sein des autres organisations internationales (OCDE, CNUCED et ICN).

Figure 1. Le forum – créateur du droit international de la concurrence

OMC		OCDE		CNUCED		ICN	
Avantages	Désavantages	Avantages	Désavantages	Avantages	Désavantages	Avantages	Désavantages
Possibilité de conclure un accord contraignant (La préférence de l'UE)	Les Etats-Unis sont opposés à l'idée d'un accord contraignant	L'approche préférée par les États-Unis	Accords non - contraignants	Approche préférée par les États-Unis	Accords non - contraignants	Approche préférée par les États-Unis	Accords non - contraignants
Mécanisme de la résolution des disputes (ORD)			Le mécanisme de la résolution des disputes n'existe pas		Le mécanisme de la résolution des disputes n'existe pas		Le mécanisme de la résolution des disputes n'existe pas
157 membres			34 membres		194 membres	103 membres (juridictions)	
Le forum préféré de l'UE	Les États-Unis et quelques pays en voie de développement sont opposés					Le forum préféré des États-Unis	L'UE préfère d'avoir un accord contraignant
L'organisation consacrée aux questions issues du commerce international, obligée par la suite s'occuper des disputes résultant de l'activité commercial, y compris les différends découlant du droit de la concurrence.	N'est pas consacrée exclusivement au droit de la concurrence		Le droit de la concurrence n'est pas le sujet prioritaire de l'organisation		Organisation à compétence universelle	Consacrée exclusivement au droit de la concurrence	N'a pas le « double approche » de l'OMC basé sur la considération du droit du commerce en traitant les questions du droit de la concurrence.

Comme on peut le déduire de ce tableau, l'OMC constitue un cadre idéal offrant une *participation presque universelle* membres (157) et permettant *la prise en compte les*

⁸⁵⁸ I. VAN BAEL & J.-F. BELLIS, *Introduction Basic Principles. The international dimension of EC Competition law – Multilateral forums*, EC Competition Law Reporter, (No.97 – February 2010).

intérêts de pays industrialisés et de pays en développement, avec la possibilité de résoudre les conflits surgissant du droit de la concurrence et de la collision du droit du commerce avec le droit de la concurrence.⁸⁵⁹ Il est évident que les autres organisations mondiales ne proposent pas actuellement les mêmes avantages que l'OMC dans le cas de conclusion d'un accord international de la concurrence, elles ne pourront pas s'assurer aussi bien que l'OMC le contrôle sur l'application future d'un tel accord et la résolution des conflits en cas de problèmes issus de telle application. En dépit du fait que l'accord sur la concurrence n'était jamais conclu au sein de l'OMC, il est utile d'examiner l'histoire de telle proposition qui confirme que l'UE soutenait toujours la coopération au sein de l'OMC sur le sujet.

Section 2. Les tentatives européennes.

Ainsi, à l'introduction du chapitre, l'histoire de la promotion par la Commission de l'idée de la création d'un droit international de la concurrence a été déjà présentée brièvement. Néanmoins, dans le but de mieux comprendre la situation moderne il est nécessaire d'analyser de manière plus détaillée le passé des tentatives européennes visant à l'adoption d'un accord international multilatéral sur la concurrence.

145. L'histoire de la « bataille » pour le droit international de la concurrence. En 1994 le commissaire Karel Van Miert s'est mis à la tête d'une « *Groupe des Experts* » pour « *examiner ces questions et contribuer à Communauté européenne une approche fondée généralement sur notre expérience de l'intégration du marché intérieur* ». ⁸⁶⁰ En 1995 les Experts ont publié leur rapport ⁸⁶¹ lequel a conclu que l'exécution forcée de pur droit domestique de la concurrence était incapable de faire face à tous les aspects du

⁸⁵⁹ Benoît MERKT, *Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence. Droit du GATT/OMC, droit européen, accords bilatéraux et perspectives pour le droit suisse*, op.cit., p.70.

⁸⁶⁰ "Consider these issues and contribute towards a European Community approach based largely on our experience on the integration of the internal market".

The Van Miert Report. Annex B, „The letter of convocation“. Les experts inclus Professeurs Immenga, Jenny, et Petersmann de l'Allemagne, la France et la Suisse respectivement, et les experts de la Commission Ehlermann, Pons, Abbott, Lamoureux, Marchipont, et Jacquemin. Daniel G. GOYDER, *EC Competition Law*, Oxford University Press, NY, 2003. p.512.

⁸⁶¹ EU Preparatory Acts "Competition Policy in the New Trade Order: Strengthening International Cooperation and Rules" - Report of the Group of Experts, 17.07.1995, EU: COM(95) 359.

comportement des entreprises visant à la clôture de marché.⁸⁶² Le rapport contient quatre parties :

- 1) Les raisons pour le renforcement de la coopération internationale dans le cadre de la politique de la concurrence ;
- 2) Les expériences récentes de l'UE dans le cadre de la coopération internationale ;
- 3) Le caractère inadéquat de la coopération internationale actuelle ;
- 4) Les recommandations du Groupe pour l'amélioration de la coopération internationale et l'application des règles de concurrence.

146. Les experts donnent *cinq raisons justifiant le renforcement de la coopération internationale* dans le domaine du droit de la concurrence. La première raison mentionnée par le Groupe du commissaire Van Miert est *la globalisation de l'économie*, ce qui provoque de plus en plus de problèmes du droit de la concurrence qui dépassent les frontières nationales : les cartels internationaux, les cartels d'export, les pratiques restrictives dans la sphère internationale par sa propre nature (par exemple le transport aérien, le transport maritime etc.), les fusions internationales, l'abus de position dominante sur quelques marchés majeurs (les experts citent l'affaire *Microsoft* comme un exemple d'un tel abus).

La seconde raison selon les experts est qu'à cause du manque de règles internationales, les entreprises ayant leur activité dans les pays différents sont soumises à *plusieurs règles nationales du droit de la concurrence*. Les procédures, les délais, les critères pour prendre une décision varient considérablement. De telles différences entraînent des surcoûts (plus de procédures, augmentation des frais juridiques, etc.) et les incertitudes augmentent et peuvent, ainsi, constituer des barrières pour le commerce et pour les investissements internationaux.

Le Groupe a mis en relief que, *dans quelques pays les actions contre les pratiques anti-compétitives sont moins rigoureuses que dans d'autres*, les problèmes découlant des distorsions possibles ont été présentés comme la troisième raison justifiant la nécessité de la coopération plus étroite au niveau international sur les questions du droit de la concurrence. Les *désaccords entre les autorités nationales de la concurrence de pays différents* causés par l'application extraterritoriale du droit national de la concurrence représentent la

⁸⁶² Daniel G. GOYDER, *EC Competition Law*, Oxford University Press, NY, 2003. p.512.

quatrième cause incitant les experts à proposer la coopération renforcée au niveau international dans le domaine de la régulation de la concurrence.

Selon l'opinion du Groupe, les pays en voie de développement sont aussi intéressés à assurer un contrôle efficace sur le comportement anticoncurrentiel comme les sociétés internationales peuvent profiter du manque des normes du droit de la concurrence dans tels pays. Aussi en absence des règles appropriées domestiques ils risquent d'être soumis à l'application extraterritoriale des lois concurrentielles des autres pays. ***La nécessité d'assurer la protection de la concurrence aux marchés des pays en voie du développement*** représente la cinquième cause nommée par les experts en vue de promouvoir l'idée de la coopération internationale dans le domaine du droit de la concurrence. Les experts font les références aux normes concurrentielles existantes déjà dans le cadre de l'OMC (par exemple, l'Accord sur les ADPIC) comme la preuve du besoin international des règles communes de la concurrence.

La deuxième partie du rapport est consacrée à la coopération des autorités de la politique de la concurrence entre les États membres de l'UE, les autres pays européens, les États-Unis, et les autres pays comme le Canada, l'Australie et la Nouvelle-Zélande. Dans la troisième partie du rapport le Groupe a analysé les limites de la coopération internationale actuelle dans le domaine de la régulation de la concurrence. Ils ont souligné que la coopération bilatérale était insuffisante pour résoudre les problèmes au niveau international en vue de l'absence des règles communes pour tout le monde. En guise de conclusion les experts ont proposé des recommandations pour améliorer la situation de la régulation de la concurrence internationale. On supposait que l'amélioration et le renforcement de la coopération des autorités concurrentielles pouvaient être acquis en trois étapes : les objectifs et les résultats suivants du terme court, du moyen terme et du long terme.

147. L'OMC comme le forum idéal. Comme but à atteindre dans le long terme les experts ont proposé l'adoption d'un code international du commerce avec l'établissement une autorité supranationale responsable pour l'application d'un tel code. Néanmoins, le Groupe a souligné qu'il aurait fallu se concentrer sur les étapes intermédiaires comme l'assistance aux pays en voie du développement pour adopter de lois concurrentielles. Le rapport propose aussi la conclusion d'un accord multilatéral sur la concurrence. L'OMC a été considérée comme le forum adéquat pour la discussion et finalement l'adoption d'un tel accord. Au niveau procédural le mécanisme de règlement des différends de l'OMC semble

correspondre assez bien à la structure qui pourrait être créée en vue d'arbitrer les litiges concernant les mesures prises par les autorités de concurrence.

Sur base de ce rapport, en juin 1996, Sir Leon Brittan et Karel Van Miert ont publié la Communication de la Commission au Conseil Européen (*COM(96)284 final 18.06.1996*), dans laquelle ils ont recommandé que les Membres de l'OMC négocient un accord obligatoire pour les parties en vue de préconiser, d'exécuter et de coopérer dans le domaine d'exécution forcée des lois de la concurrence en accord avec le minimum de standards internationaux communs. La Commission a fait après un grand travail en proposant les standards possibles.⁸⁶³

148. Le travail de la Commission. La Communication de la Commission de 1996 contient cinq parties : l'introduction, une discussion sur le forum approprié pour la création du droit international de la concurrence, des propositions de règles internationales de la concurrence, une partie sur les questions liées au sujet, et la conclusion. La Communication a aussi une annexe intitulée « *Les éléments possibles d'un cadre international de règles de concurrence* ».

La première question abordée par la Commission est la question des causes de la nécessité du droit international de la concurrence. Quatre raisons majeurs sont nommées dans la Communication : les règles multilatérales vont promouvoir des conditions plus égales de la concurrence mondiale ; les règles internationales permettront éviter les conflits de lois et de juridictions ; de telles règles améliorent l'efficacité et la cohérence de l'application de la politique de la concurrence par CE (UE) ; ainsi, un engagement accru eu égard à l'application de la politique de concurrence permettrait de renforcer le système commercial de l'UE à l'instar de son système juridique et l'économie de marché pour lesquelles le droit de la concurrence est l'avenir de base.

La Commission a aussi analysé pourquoi l'OMC est le forum le plus pratique pour les négociations et la conclusion d'un accord international de la concurrence. Elle note que l'OMC est le premier candidat pour encadrer les règles internationales de la concurrence comme elle a une adhésion presque universelle (157 membres) et qu'elle traite déjà les questions liées étroitement avec le droit de la concurrence. L'infrastructure institutionnelle de l'OMC inclut le système de transparence et de la surveillance par les notifications obligatoires et les provisions du monitoring. L'OMC propose aussi un forum pour les

⁸⁶³ Daniel G. GOYDER, *EC Competition Law*, op.cit., p.512.

négociations et consultations dans le cadre duquel les Membres peuvent discuter les questions issues du droit de la concurrence. Il existe aussi un mécanisme de résolution des disputes – l'Organe de règlement des différends (ci-après - ORD).

En 1998 le Commissaire Karel Van Miert a présenté sa position encore une fois dans la présentation intitulée « *The WTO and Competition Policy: the Need to Consider Negotiations* » (L'OMC et la politique de concurrence: la nécessité d'envisager les négociations) adressée devant les Ambassadeurs à l'OMC. Premièrement, le Commissaire a noté que l'UE a pris l'initiative dans le domaine de la régulation de la concurrence internationale. Il mentionne le rôle crucial de l'OMC comme forum approprié pour le développement droit international de la concurrence. Deuxièmement, le Commissaire a répondu à certaines critiques des adversaires de la conclusion d'un accord multilatéral de la concurrence internationale. Il existe des hésitations concernant la proposition européenne d'utiliser l'OMC comme le forum pour la conclusion dudit accord en se basant sur le fait qu'une partie des Membres de l'OMC n'a même pas de lois nationales de la concurrence. Néanmoins, selon l'information de l'OMC, 80 États Membres ont déjà de telles lois, y compris 50 pays en voie du développement, et ce n'est pas la fin du processus.⁸⁶⁴ De plus, les membres de l'OMC qui ont adopté récemment les lois nationales de la concurrence, comme par exemple la Chine en 2007, ont été inspirés par leurs collègues plus expérimentés dans ce domaine comme l'UE et les États-Unis ce que représente la preuve substantielle de l'actualité du sujet et de processus de la convergence globale des lois de la concurrence. Le Commissaire Van Miert souligne aussi que l'harmonisation en tant que telle n'est pas nécessaire en prenant en considération le fait de la coopération efficace entre l'UE et les États-Unis, deux systèmes différents du droit de la concurrence, l'existence de grands principes communs suffit pour assurer le régime de libre concurrence sur les deux plus grands marchés du monde.

Comme il a déjà été mentionné auparavant, de l'autre côté de l'Atlantique les États-Unis étaient historiquement contre l'adoption de règles internationales sur la question de la régulation de la concurrence de peur que telles règles communes ne puissent baisser les standards américains. Le commissaire Van Miert répond aussi à cette critique en rappelant que les lois nationales ne seront pas remplacées par les règles internationales, le

⁸⁶⁴ http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/brief_e/brief13_e.htm, 08.09.2010.

but étant la création de la structure internationale en vue d'assurer l'application cohérente et adéquate des lois nationales de chaque État Membre de l'OMC.

L'autre peur exprimée par les adversaires de la conclusion de l'accord international dans le cadre de l'OMC, c'est le risque lié à l'échange de l'information confidentiel comme il était proposé par les adhérents les plus dévoués. Evidemment, les entreprises peuvent avoir des hésitations et des peurs en prestant l'information confidentielle aux autorités concurrentielles en sachant qu'elle peut être transmise plus loin et il y a des risques qu'elle ne soit pas protégée. En considérant ce risque important, le commissionnaire Van Miert propose de renforcer plutôt la coopération bilatérale en ce qui concerne l'échange d'information confidentielle et garder la possibilité de faire un tel échange dans le cadre de l'OMC sur une base absolument volontaire.

Un grand avantage de l'OMC comme forum pour la création du droit international de la concurrence est le mécanisme de la résolution de dispute (ORD). Néanmoins, il existe aussi une critique liée à la possibilité d'utiliser un tel mécanisme pour résoudre des conflits concurrentiels. En général la critique est basée sur le peur que les décisions des juridictions nationales puissent devenir les objets d'examen du panel de l'OMC, ce que n'était jamais proposé par la Commission, laquelle a souligné que le mécanisme de la résolution de disputes pourrait être utilisé seulement pour assurer que les Membres de l'OMC respectent leurs engagements. Il n'était jamais prévu de réexaminer les décisions de cours nationales et d'autorités de concurrence.

Quelques années plus tard, en 1999 Jean-François Pons⁸⁶⁵ a présenté un texte intitulé « *International co-operation in competition matters – where are we four years after the Van Miert Report?* ». ⁸⁶⁶ A cette époque on était toujours dans la même situation qu'en 1996 en ce qui concerne l'adoption d'un accord international de la concurrence. Malheureusement, aujourd'hui on ne voit pas plus d'évolution dans le cadre d'une telle discussion. Le processus a été interrompu dès que Conseil général de l'OMC a décidé à Doha le 1^{er} août 2004 de ne pas continuer des travaux en vue de négociations sur les questions de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence dans le cadre de l'OMC pendant le Cycle de Doha. Néanmoins, il existe toujours l'espoir que les négociations vont être reprises.

Le papier présenté par le commissionnaire Pons est intéressant pour cette recherche surtout parce qu'il examine la question du point de vue des entreprises. Il souligne que le

⁸⁶⁵ DG Concurrence, Commission Européenne.

⁸⁶⁶ http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp1999_015_en.html , 09.09.2010.

commerce profite de l'ouverture de marchés, et les compagnies sont de plus en plus en concurrence à l'échelle mondiale. Les problèmes issus du droit de la concurrence prennent des dimensions globales. L'émergence de compagnies multinationales, avec les possibilités technologiques et les ressources suffisantes pour faire le commerce au niveau global, crée le danger que les mêmes compagnies puissent être tentées de prendre les mesures anticoncurrentielles en sachant qu'elles ont la possibilité de profiter de l'existence des juridictions différentes, de la faiblesse des autorités de la concurrence dans certains pays, etc.

En acceptant la nécessité d'adoption de règles internationales de la concurrence, l'OMC est considérée comme le forum le plus pratique comme c'est la seule organisation ayant la possibilité de régler la concurrence au niveau mondial avec le commerce international ce que représente une importance vitale pour les entreprises multinationales. Le commerce et la concurrence forment un tandem inséparable et la possibilité de traiter de telles questions ensemble au sein d'une même organisation est un avantage incomparable. Ainsi, la Commission a essayé à plusieurs reprises de convaincre fois les autres pays du monde que la conclusion d'un accord international de la concurrence au sein de l'OMC est une nécessité pour les gouvernements aussi que pour les entreprises multinationales.

Conclusion : L'échec de la création du droit de la concurrence de l'OMC.⁸⁶⁷

149. Néanmoins, à cause d'une opposition très forte du côté des États-Unis et de la résistance remarquable de la part de quelques pays en voie de développement aucun accord international de la concurrence n'a jamais été même discuté dans le cadre de l'OMC. En dépit de la non-conclusion d'un accord consacré entièrement au droit de la concurrence, les normes particulières de l'OMC contenues dans les accords différents (par exemple, ADPIC) interfèrent à la régulation de la concurrence sur les marchés des membres de l'OMC, y compris l'UE (voir paragraphes 94 et s.). Comme on n'a plus d'espoir crédible de conclure un tel accord, l'UE continue son travail de promotion du droit de la concurrence partout dans le monde toute seule, ce que permet à elle aussi profiter du fait qu'elle promeut le modèle purement européen sans aucun compromis.

⁸⁶⁷ Ici l'expression « le droit de la concurrence de l'OMC » est comprise comme le système du droit international de la concurrence lequel pourrait être créé dans le cadre de l'OMC.

Titre II. LE MODÈLE D'ACCORD INTERNATIONAL SUR LA CONCURRENCE.

*« By working together, pooling our resources and
building on our strengths, we can accomplish great things ».*

Ronald Reagan.

150. En guise de conclusion de cette recherche, on se propose de formuler un modèle d'accord international sur la concurrence, dont on espère qu'il pourra résoudre la plupart des problèmes présentés dans le cadre de la thèse.

Un accord pas comme les autres. Tout d'abord, il faut dire qu'un tel accord serait purement procédural par son objet, et il n'aurait pas pour objet des dispositions de droit matériel. Les raisons de ce choix sont doubles. Premièrement, il apparaît qu'il serait assez difficile de parvenir à un accord sur une harmonisation, voire une uniformisation des normes substantielles de droit de la concurrence, comme chaque participant à l'accord peut être facilement convaincu que son droit de la concurrence est le meilleur et ne voudra pas de faire les changements ou compromis. Deuxièmement, une telle harmonisation ne semble pas souhaitable en ce moment. Prenons l'exemple des accords ayant pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence. Dans de nombreuses cultures d'économie de marché, comme, par exemple, au Japon, les accords inter-entreprises pour organiser en quelque sorte les marchés sont mieux vus qu'en Europe et les ententes restrictives sont souvent mieux acceptées. Dans le modèle dit du « capitalisme rhénan »⁸⁶⁸, le rôle interventionniste de l'Etat et l'influence des banques dans les processus décisionnels est accepté à un degré sans doute inimaginable pour un régulateur américain. Enfin, les États-Unis ont une approche différente concernant la position dominante (Section 2 de *Sherman Act*). Par conséquent, il sera très compliqué de décider quel est le meilleur modèle à suivre. Pourtant, une certaine harmonisation des lois sur la concurrence dans le futur est bien sûr souhaitable.

151. Plan. Ainsi, en concluant cette thèse on présente un exemple concret de la forme que cet accord pourrait prendre. Premièrement, un modèle d'un accord international

⁸⁶⁸ Yves LETERME, *L'Économie durable : le modèle rhénan*, édition Luc Pire, 2009.

sera proposé (Chapitre 1), deuxièmement, les atouts et les défauts de ce modèle seront analysés en détails (Chapitre 2).

Chapitre 1. Modèle d'accord international sur la concurrence au sein de l'OMC.

« Yes We Can ».

Barak Obama.

152. But final de la recherche. La présente recherche arrive à son point culminant : la formulation d'un projet d'accord international sur la concurrence. Le proverbe dit « *les petits ruisseaux font les grandes rivières* », aussi peut-on espérer que le modèle décrit ci-dessous pourra servir un jour comme un des points de départ pour recommencer les négociations internationales au sein de l'OMC sur la conclusion d'un accord sur la concurrence. Il a été démontré à plusieurs reprises que les entreprises et les consommateurs partout dans le monde ont besoin d'un tel accord, que l'OMC est le meilleur forum pour accomplir cette tâche, ainsi, il est temps de changer la situation et de proposer un accord qui rationnellement peut être profitable pour tout le monde.

On n'envisage pas de proposer ici le projet final de l'accord international, c'est aux membres de l'OMC de le faire, s'ils décident d'accepter cette idée. La présente recherche vise seulement à montrer les possibilités et donner quelques directions lesquelles peuvent être utilisées dans les futures négociations, en bref, à proposer un modèle de base tout en laissant une certaines marges aux futures modifications et améliorations. Le rôle de la science est ainsi : elle tâche d'explorer toutes les choix existants, de donner des recommandations, mais doit laisser le dernier mot aux acteurs.

153. Plan. Ainsi, après avoir démontré le besoin pour un droit international de la concurrence, analysé l'histoire des tentatives de créer un tel droit et l'échec de ces tentatives (voir paragraphes 141 et s.), il faut présenter la solution alternative à ce problème. Comme on l'a dit auparavant, on propose toujours que l'accord international sur la concurrence soit conclu et fonctionne dans le cadre de l'OMC pour les raisons qu'ont été analysés tout au long de la recherche. Toutefois, le modèle de l'accord proposé est original et suppose une approche économique, autant que juridique. La science économique est une langue universelle, c'est pourquoi il est plus raisonnable de baser un accord international sur le calcul des coûts et des profits que sur les doctrines juridiques qui diffèrent d'un pays à l'autre. Ainsi au sein du présent chapitre, tout d'abord, le mécanisme de coopération

internationale dans le cadre de l'accord est présenté (Section 1), suivi par le système de calcul des amendes représentant l'analyse économique (Section 2), et, finalement, les voies de recours seront discutées (Section 3).

Section 1. Le mécanisme de coopération dans le cadre de l'accord international sur la concurrence.

154. La première étape dans la création d'un accord consiste à assurer un mécanisme de coopération efficace entre les parties audit l'accord. Le système que l'on propose ici est complètement original, ce que peut être en même temps son atout et son défaut. C'est un système ambitieux et qui demande beaucoup de la part de ses participants, toutefois, il donne beaucoup en retour : la stabilité, l'efficacité et la baisse des coûts pour les entreprises ainsi que pour les régulateurs, puisqu'il élimine la possibilité des nombreuses poursuites pour les mêmes faits.

Ainsi, il est possible d'imaginer que le processus se déroule de la façon suivante : dès qu'une autorité de la concurrence d'une partie à l'accord se saisit, ou est saisie d'une affaire, elle a l'obligation de rendre sans délai les faits pertinents publics aux autres autorités de la concurrence des Etats parties à l'accord. Dès cette publication, ces autorités disposent d'un délai pour, le cas échéant, signaler que leur marché est également affecté par la pratique rendue publique. A partir de l'expiration du délai, l'autorité de la concurrence saisie examine les faits sous l'angle de son droit propre. Toutefois, si les parties sont d'accord, cette autorité peut aussi prendre en compte les droits des Etats qui ont communiqué leur intérêt, à l'aide d'échange d'informations qui peuvent aller plus loin que des certificats de coutume. Une telle étape peut ralentir la procédure, mais il est tout à fait compréhensible que tous les Etats concernés voudront de protéger leurs intérêts au maximum. Ainsi, garder la possibilité de prendre en compte les droits nationaux des pays concernés peut être important. On propose aussi que le délai exact pour communiquer l'intérêt dans l'affaire soit négocié directement par les parties à l'accord, premièrement, pour qu'elles soient d'accord sur ce point technique mais important, deuxièmement, parce que tout délai imposé avant toutes négociations et analyses des possibilités des pays différents, peut être irréaliste ou inefficace et saboter l'adoption de l'accord. Néanmoins, il est évident que le délai ne doit pas supérieur

à quelques mois ; dans le cas contraire le temps utilisé pour rendre une décision sur une affaire serait disproportionnellement long.

Afin de mieux figurer le processus suggéré, il paraît utile de présenter ce mécanisme sous forme de schéma :

1. Apparition des effets négatifs sur certains marchés → 2. Une autorité nationale se saisit → 3. Publication des faits de l'espèce → 4. Délai pour que les autres pays concernés puissent présenter leurs intérêts → 5. Investigation et prise de décision par une autorité nationale de la concurrence principalement sur la base de son droit national.

Il n'est pas impossible d'imaginer que plusieurs autorités nationales ont étaient saisies simultanément concernant la même affaire. On propose de développer un mécanisme des négociations pour que les autorités nationales de la concurrence décident de celle qui enquêtera l'affaire. Plusieurs critères peuvent être pris en compte : le lieu de l'entente ou de l'abus de la position dominante, le marché le plus concerné, le lieu où se trouvent la plupart des preuves etc. Si les autorités nationales ne pourront pas résoudre une telle dispute, cette mission incombera à un organe spécial au sein de l'OMC. Evidemment, cet organe devra réagir très vite pour que l'accord soit efficace. Néanmoins, dans la plupart des cas les autorités nationales pourront décider elles-mêmes qui est la mieux placée pour traiter l'affaire. Par ailleurs, il y a le plus souvent une autorité qui était saisie en premier et dispose déjà des éléments d'enquête etc. En principe, l'autorité qui publie les faits de l'affaire doit rester compétente pour toute l'investigation et la prise de la décision, à part si les parties à l'accord en décident autrement.

155. Evidemment, le système repose sur un contrôle principalement *ex post*, mais certaines formes du **contrôle ex ante** peuvent être sauvegardées. Par exemple, si une entreprise prévoit de réaliser une opération (une fusion, une acquisition etc.) ayant une dimension importante (peut-être même de dimension « mondiale » laquelle peut être définie par l'accord) elle est obligée de présenter un projet de ladite opération à son autorité de la concurrence (c'est-à-dire l'autorité de la concurrence du marché où l'entreprise a une principale activité économique) dans le but de recevoir l'autorisation de continuer telle opération.⁸⁶⁹ On propose que cette autorité de la concurrence fasse une publication de cette

⁸⁶⁹ Voir Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO L 24 du 29.1.2004, p. 1–22.

demande et les autorités des autres pays aient un délai pour réagir, si leurs marchés peuvent également être concernés, dans le but de prendre la décision en commun. Les autorités qui n'ont pas réagi dans le délai prescrit par accord ne pourront pas après manifester leur intérêt, interdire l'opération en question ou essayer de prouver ultérieurement que cette opération a causé les effets négatifs sur leurs marchés. Les autorités qui ont présenté leurs intérêts et l'autorité saisie en premier lieu donnent leurs opinions en se basant sur leurs lois nationales.

Dans une hypothèse pareille, trois situations de base sont imaginables. Dans le premier cas, une autorité considère que son marché est effectivement affecté par l'opération et prend une décision négative, tandis que les autres estiment que leurs marchés ne sont pas concernés. Dans le deuxième cas, toutes les autorités de la concurrence sont unanimement pour ou contre ladite opération. Dans le troisième cas, quelques autorités veulent autoriser l'opération et quelques veulent l'interdire. Dans ce cas-là les autorités voulant interdire l'opération doivent présenter les conditions selon lesquelles elles auraient pu donner le « feu vert » à l'opération, et il appartiendra à l'entreprise de décider de les accepter ou pas, sous peine de voir l'opération interdite ex ante.

156. Si les autorités ne parviennent pas à dissiper leur désaccord après un certain délai, elles doivent contacter ***l'Organe de règlement des différends*** (ORD) créé spécialement pour cet objectif à l'OMC. Il y a deux cas quand un désaccord pourrait nécessiter une pareille résolution. Premièrement, si un État demande que soient réalisées certaines actions (par exemple, vendre quelques entreprises appartenant à la société demandant le permis pour une fusion) sur le territoire d'un autre État et ce dernier s'y oppose, le conflit aura lieu et les pays concernés pourront s'adresser à l'ORD auprès de l'OMC. Deuxièmement, dans le cas de la violation grave et évidente par un des États des accords GATT-OMC en matière d'abolition des contraintes au commerce international (par exemple, refus de donner des motifs de l'interdiction de l'opération en question ou le refus complet et sans explications de discuter les conditions permettant accorder un permis, en violation de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce) les autres pays pourront s'adresser à l'ORD pour statuer sur le refus de coopérer. On imagine que ces deux cas seront très exceptionnels ; néanmoins, il est utile de prévoir le mécanisme de résolution des tous les conflits possibles. Ce mécanisme pourrait aider à éviter dans le futur les cas similaires à ceux observés dans les affaires

Boeing/McDouglas et *General Electric/Honeywell* où la Commission européenne et les autorités américaines avaient des opinions différentes concernant les mêmes opérations.

157. Au sujet des **sanctions** assurant la mise en œuvre des décisions de l'ORD, il faut dire qu'actuellement le *Mémoire d'accord sur le règlement des différends*⁸⁷⁰ de l'OMC prévoit que si un pays a commis une faute, il doit la réparer sans tarder et s'il continue à violer un accord il doit offrir une compensation ou subir une punition. La forme classique des sanctions de l'OMC sont les sanctions commerciales. L'OMC prévoit dans le *Mémoire d'imposer* telles sanctions dans le même secteur que celui qui a fait l'objet du différend. Si cela n'est pas possible ou efficace, elles peuvent être imposées dans un autre secteur. Dans tous les cas l'Organe de règlement des différends surveille la mise en œuvre des décisions rendue.⁸⁷¹

Ainsi, l'ORD prévu pour la résolution des conflits issus de l'accord sur la concurrence pourrait agir selon le même schéma. Ce mécanisme existe déjà, il est connu par la plupart des pays du monde. Par conséquent, l'adoption de la même approche pour l'accord sur la concurrence pourrait faciliter la transition au nouveau système.

1. Opération de dimension importante → 2. Envoi du projet d'opération à l'autorité nationale du marché où l'entreprise a son activité principale → 3. L'autorité nationale peut contacter les autorités des autres pays, si elle croit que leurs marchés seront concernés → 4. Prise de la décision commune → 5. Si ce n'est pas possible : contacter l'ORD de l'OMC.

158. Finalement, il faut penser au système de **clémence internationale**. Actuellement, si l'entreprise veut bénéficier d'une clémence quant à l'opération litigieuse, elle doit la demander auprès de tous les pays concernés, et il n'y a aucune garantie que un de ses pays ne refusera pas la demande de la clémence et ne commencera pas une poursuite (voir paragraphe 70.2). Une telle absence de sécurité juridique concernant la clémence peut annuler tous les effets positifs de l'existence de cette procédure, car les entreprises peuvent craindre de l'utiliser. Ainsi, il sera idéal que les parties à l'accord adoptent des règles communes sur la procédure de clémence, à savoir des critères uniformes pour que l'entreprise ait plus de garanties dans le cas de demande de la clémence. Les régulateurs profiteront de ce changement car il y aura plus de demandes de clémence et ainsi plus de

⁸⁷⁰ Accessible sur http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/28-dsu.pdf, 05.09.2012.

⁸⁷¹ http://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/dis1_f.htm, 05.09.2012.

violations du droit de la concurrence arrêtées en temps utile, les entreprises disposeront de solides garanties dans le cas de demande de clémence, ce que pourrait baisser le quantité des violations du droit de la concurrence par dissuasion: il sera très dangereux d'organiser, par exemple, un cartel en sachant qu'un des membres pourrait toujours demander la clémence avec un nombre important de garanties. Toutefois, on comprend comment il sera difficile à se mettre d'accord sur le règles communes et on ne s'attend pas à ce qu'une procédure unifiée de clémence soit prise tout de suite. Il sera vraisemblablement possible de prévoir le principe de cette procédure au sein de l'accord, tout en remettant sa mise en œuvre à plus tard.

Il est clair que le système de coopération proposé est très ambitieux, mais seulement l'accord qui prévoit *une* autorité qui prend *une* décision concernant *une* violation supposée du droit de la concurrence pourra résoudre définitivement le problème des nombreuses poursuites partout dans le monde contre les entreprises pour les mêmes faits. Le problème de la non-application du principe « *non bis in idem* » était déjà étudié dans la présente thèse en détails (voir paragraphe 66 et s.). La possibilité de punitions prononcées plusieurs fois pour la même faute peut facilement dissuader les entreprises de sortir de leurs marchés d'origine, et même si elles prennent ce risque, les coûts additionnels pour l'expertise juridique supplémentaire seront rajoutés en plus de leurs autres coûts, ce que va certainement se répercuter sur les prix de leurs produits et services. Ainsi, les consommateurs seront aussi négativement affectés. En d'autres termes, presque chacun d'entre nous est concerné par l'absence d'un accord international sur la concurrence qui réglerait le problème de « *non bis in idem* ».

Section 2. Le calcul de l'amende.

159. Certes, le mécanisme de la coopération est essentiel à la réussite d'un accord international sur la concurrence, mais la partie économique de l'accord (le calcul de l'amende en cas de violation prouvée du droit de la concurrence) est aussi cruciale. Les amendes prévues par un accord international doivent être plus efficaces que les amendes nationales modernes pour qu'un tel accord puisse être adopté. Le calcul proposé dans le cadre de la présente thèse est unique, et on espère qu'il pourra changer la situation actuelle

et convaincre plusieurs pays à l'idée de régler les problèmes issus des violations du droit de la concurrence ensemble au niveau international.

La formule du calcul de l'amende. Ainsi, on propose que le montant total de l'amende sera égal au profit anormal ou monopolistique (noté Π_m) dégagé grâce à la pratique illicite sur les n marchés (notés m_1, m_2, \dots, m_n) affectés, soit :

$$A = (\Pi_{m1} + \Pi_{m2} + \dots + \Pi_{mn})$$

Ou :

$$1 \times \Pi_{m1}$$

ou, si ce montant est supérieur à celui calculé ci-dessous, à la perte sèche (*deadweight loss*), notée DL , subie par la concurrence et les consommateurs du fait de la pratique illicite :

$$A = (DL_{m1} + DL_{m2} + \dots + DL_{mn})$$

Ou encore :

$$1 \times \Pi_{m1}$$

La théorie économique dicte certes que la perte sèche est, en principe, toujours supérieure au profit anormal retiré de l'opération par le monopoliste.⁸⁷² Les calculs opérés par les juges pouvant mener à des inexactitudes mineures, on propose que l'amende imposée soit, par construction, au moins égale au profit dégagé grâce à l'opération illicite, pour des motifs de dissuasion : l'entreprise ne peut pas s'enrichir par l'opération illicite, elle ne peut que s'appauvrir.

160. Les objectifs accomplis par ce système de l'amende. Dans l'optique d'une justice rétributive (telle que décrite par Aristote dans *Ethique à Nicomaque*)⁸⁷³, on peut envisager même que l'amende ne se contente pas de réparer le dommage (ce qui serait plutôt l'approche d'une justice *distributive*), mais soit assortie d'une fonction punitive, ou dissuasive, plus marquée. On est donc en droit de proposer que le montant de ces amendes soit multiplié par un facteur α (évidemment, tel que $\alpha > 1$). Cependant, on a essayé d'exclure la prise en compte du chiffre d'affaire des entités concernées, dans la mesure où ce facteur

⁸⁷² Voir John SLOMAN, *Essentials of Economics*, 4th édition, Prentice Hall, 2007, p. 196.

⁸⁷³ Voir Aristote, *Ethique à Nicomaque*, sous la direction de Jules TRICOT, Vrin, 1994, 540p.

nous semble plus répondre à l'opportunité qu'à la recherche du juste et du bon (prend-on en compte la fortune du dirigeant accusé d'abus de bien sociaux dans le calcul de l'amende le frappant ?).

En revanche, si l'infraction ayant donné naissance à l'action n'est pas intentionnelle, comme dans le cas de l'entente ayant eu pour effet, mais non pour objet, de restreindre la concurrence sur un marché, on peut songer à ne prendre en compte que la somme des pertes sèches, sans que le plancher du profit réalisé grâce à l'opération ne puisse être justifié par le besoin de dissuasion ni par celui de punir.

Le montant déterminé punit l'infraction de droit public à l'échelle mondiale. On en tire deux conséquences. En premier lieu, dès que les recours suspensifs contre la décision du juge sont épuisés, le montant de l'amende est définitif et plus aucune amende « de droit public » ne peut être prononcée contre l'entreprises ou les entreprises jugées dans aucun Etat membre de l'accord. Ensuite, une fois à partir du même moment, les personnes qui peuvent prouver un préjudice direct et distinct du préjudice subi par le marché et les consommateurs dans leur ensemble peuvent intenter des actions au civil contre les personnes privées en réparation des dommages subis.

Une fois ce montant déterminé, une nouvelle entité instituée au sein de l'OMC sera en charge d'allouer le montant de l'amende *au prorata* des pertes sèches par les marchés dont les autorités de surveillance se sont manifestées dans le délai prévu par les parties à l'accord. Il est possible de résumer le procès sous une forme d'un schéma :

1. L'autorité nationale qui prend la décision propose le montant de l'amende selon règles universelles (décrits au-dessus) → 2. L'organe de l'OMC prononce définitivement sur le montant d'amende et répartit l'amende entre les pays affectés (par exemple, 50% de l'amende à l'État A, 30% - à l'État B et 20% - à l'État C) - les États A, B et C se sont les États qui se sont manifestés après la première publication de l'affaire et ont présenté les preuves de l'affectation de leurs marchés. → 3. Une seule possibilité d'appel concernant la répartition auprès de l'Organe d'appel au sein de l'OMC.

Section 3. Les voies de recours.

161. Finalement, il faut prévoir les voies de recours pour les décisions prises au chaque niveau. Le présent modèle propose que les voies de recours soient autorisées pour ce qui est de la décision de la juridiction saisie en premier, conformément à son droit national. La décision de l'OMC sur la répartition de l'amende est susceptible d'appel, lequel ne peut être interjeté que par les autorités de concurrence qui se sont manifestées à temps et qui se montrent mécontentes de la répartition. Une fois que la décision de la juridiction saisie sur le problème de « droit public de la concurrence » n'est plus susceptible de recours suspensif, les parties intéressées peuvent agir au civil pour l'obtention de dommages et intérêts dans les conditions décrits au-dessus.

Toutefois la décision sur l'existence ou l'absence de la violation du droit de la concurrence de l'autorité nationale est susceptible aux recours devant les juridictions nationales de cet État, comme il est actuellement.

Ainsi, le problème de « *non bis in idem* » sera résolu et le droit à l'appel sera préservé. Le fait que la possibilité de recours civils est laissée sans modification paraît juste : il n'est pas possible de résoudre d'un coup les conflits issus du droit public et ceux du droit civil, car la logique de ces deux sphères du droit est opposée. En outre, le système d'amendes proposé ne cherche pas réparer le dommage causé aux personnes morales et physiques, puisque ce but est propre au droit civil, et il convient ici de laisser à César ce qui lui appartient. Toutefois, le principe « *non bis in idem* » ne sera pas violé, car les poursuites publiques ne pourront pas être multipliées comme elles le sont maintenant.

1. Décision de l'autorité nationale → 2. La possibilité de recours devant les tribunaux nationaux → 3. La décision finale sera envoyée à l'organe de l'OMC pour prononcer définitivement sur l'amende.

162. Cependant, il sera utile de prévoir la possibilité d'un ***appel extraordinaire***. Dans le cas où une entreprise suppose la violation grave de ses droits garanties par l'accord sur la concurrence et n'a aucune possibilité de restaurer ces droits au sein de la juridiction en question, car c'est l'État qui viole tels droits, elle aura le droit de s'adresser à l'ORD en se fondant sur le principe *pacta sunt servanda*. Il faut souligner qu'un tel appel doit être réservé aux cas extrêmes et sa sera à la discrétion de l'ORD de décider de traiter la demande ou pas.

Conclusion.

163. Le modèle de l'accord décrit au-dessus résulte d'une approche aussi bien économique que juridique. Il répond aux problèmes actuels de la non-application du principe « *non bis in idem* », il peut assurer la sécurité juridique à un niveau jamais atteint auparavant, en même temps il reste réaliste car il se base sur les mécanismes déjà existants au sein de l'OMC et propose une approche rationnelle et économique. Les schémas au-dessous présentent les étapes essentielles du modèle (le Tableau « Le contrôle *ex post* » et le Tableau « Le contrôle *ex ante* »).

On pourrait se contenter de proposer d'adopter un accord beaucoup plus général, donnant juste quelques « lignes directrices » pour ces membres, mais il sera beaucoup plus efficace d'instaurer dès le début un système plus unifié et cohérent dans le but de protéger la concurrence globale et les consommateurs du monde entier. Le monde de l'économie globale et du commerce international a besoin de la régulation juridique universelle. Les négociations sur un accord plus général que celui proposé dans ce chapitre seront déjà un signe d'un progrès, mais il existe toujours un espoir que la coopération internationale sur le sujet peut devenir plus active et profonde et c'est aux recherches scientifiques, comme le présent, de montrer et analyser toutes les possibilités.

Tableau « Le contrôle ex post ».

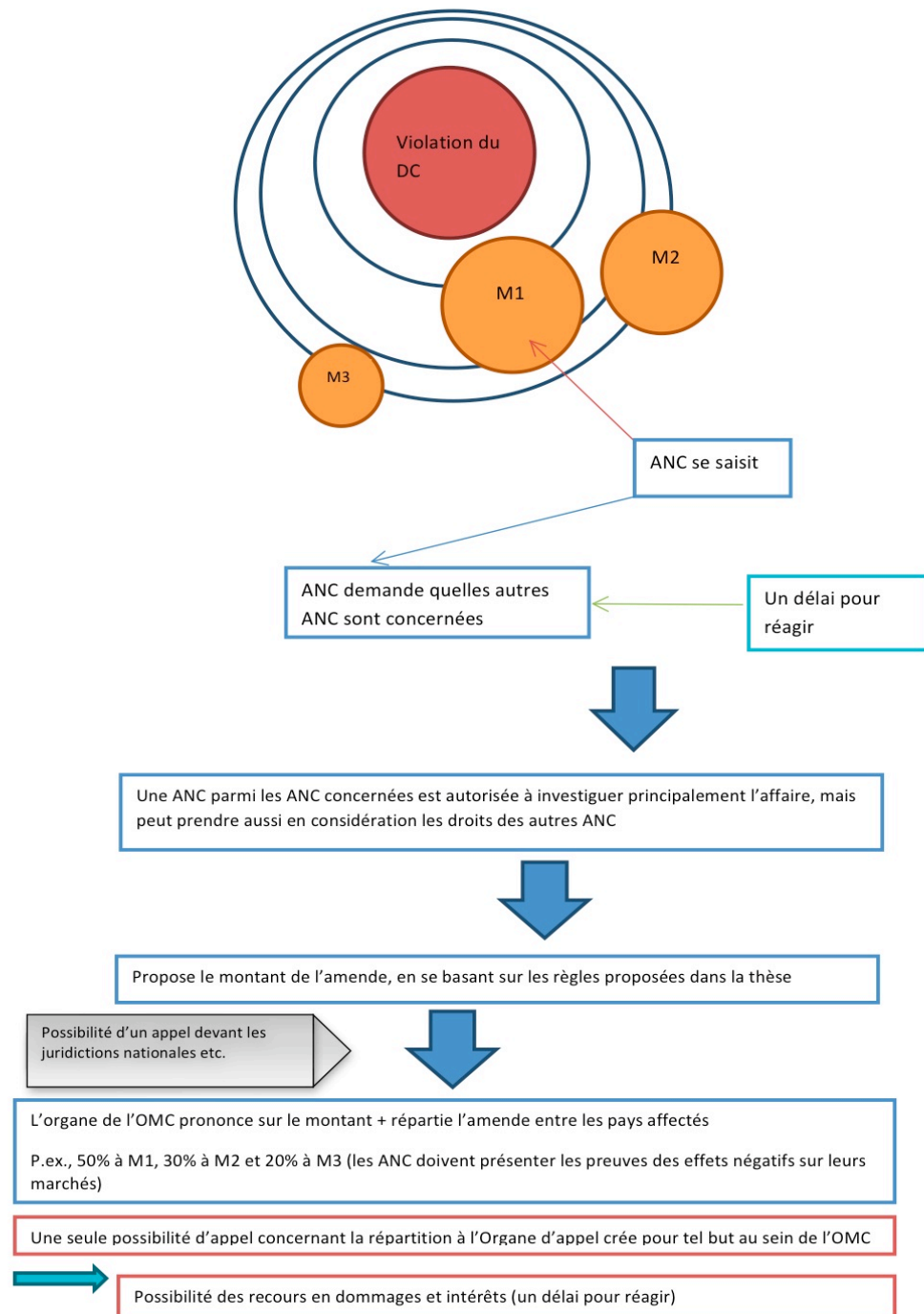
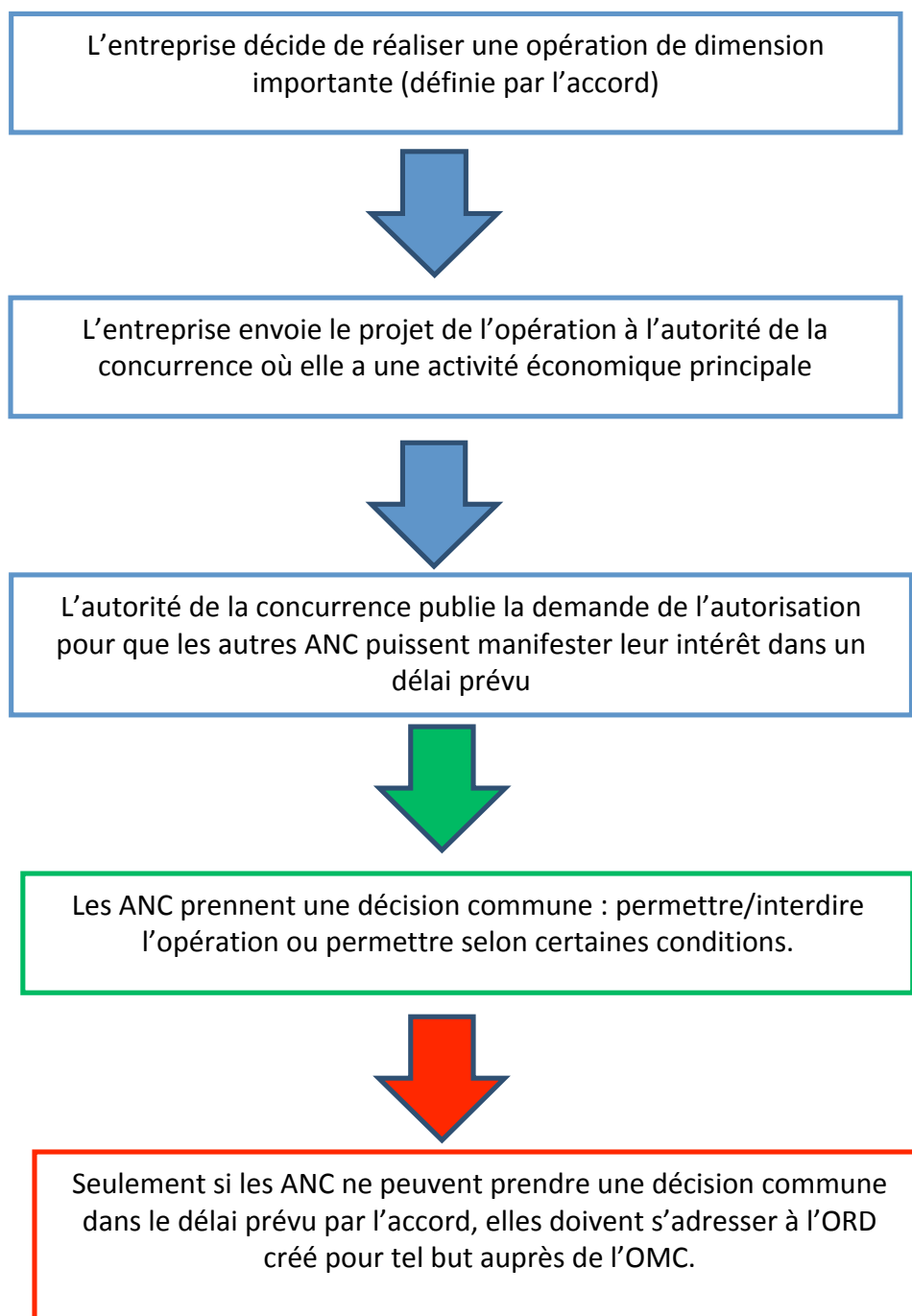


Tableau « Le contrôle ex ante ».



Chapitre 2. Les atouts et les défauts d'un accord international sur la concurrence au sein de l'OMC.

« *Our greatest weakness lies in giving up.*

The most certain way to succeed is always to try just one more time ».

Thomas Edison.

163. L'hypothèse de base implique que les États vont conclure les accords seulement quand le faire est mieux que ne pas le faire. Autrement dit, les pays signent les accords pour les mêmes raisons que les personnes signent les contrats. Les accords permettent à eux de résoudre les problèmes de coopération, s'engager à une façon choisie de conduite, et d'avoir la prévisibilité par rapport aux actions futures des autres États. La rationalité impose que les pays vont chercher à maximiser le profit commun de l'accord, en prenant toujours en compte les coûts de transaction (Théorème de Coase). La même hypothèse implique aussi que l'accord peut être maintenu seulement si chaque État et chaque groupe des États retirent davantage de profits d'un tel accord que de n'importe quel autre arrangement alternatif.⁸⁷⁴ Ainsi, pour que l'accord proposé au-dessus soit accepté par la plupart des États, ces résultats positifs doivent être plus importants que les coûts de mise en œuvre d'un tel accord.

164. Plan. Comme expliqué à plusieurs reprises *supra*, la présente thèse promeut l'idée d'une coopération internationale menant à la conclusion d'un accord au sein de l'OMC, et comme chaque recherche scientifique, doit examiner tous les possibles effets positifs et négatifs, ou au minimum vérifier l'existence ou l'absence des effets négatifs dans le but de trouver si l'accord proposé est réaliste ou pas. Ainsi, il est logique dans ce dernier chapitre de présenter tous les avantages (Section 2) et les inconvénients (Section 1) du droit international de la concurrence.

⁸⁷⁴ Andrew T. GUZMAN, *How International Law Works. A Rational Choice Theory*, Oxford University Press, 2008, p.121.

Section 1. Les défauts d'un accord international sur la concurrence.

165. Les atouts d'un tel accord ont déjà été mentionnés plusieurs fois tout au long de la recherche et seront résumés et examinés encore une fois dans la deuxième section du chapitre. Toutefois les possibles effets négatifs n'avaient pas encore été présentés en détails. Ainsi, cette section est consacrée aux défauts et les effets négatifs d'un accord international sur la concurrence, lequel était analysé dans le chapitre précédent.

Evidemment un des plus grand problèmes, liés à la conclusion d'un accord international et ensuit à son respect par les parties, est le **consensus général**. L'histoire a prouvé qu'il est très difficile pour les États différents de se mettre d'accord sur la régulation de la concurrence sur le marché mondial, ainsi, en dépit de toutes les preuves présentées pour la nécessité d'un accord et la création d'un modèle d'un accord économiquement orienté, il ne sera pas facile de convaincre les adversaires de cette idée à changer d'avis.

Par ailleurs, pour créer le système proposé, les États doivent **investir les moyens financiers et les ressources humaines**. La volonté pour le faire doit être plus importante que les coûts associés avec telle création. Néanmoins, on a vu que le besoin pour un droit international de la concurrence est très fort. De point de vue de la présente recherche c'est simplement une question du temps : à un moment donné, les Etats seront en quelque sorte forcés de subvenir à ce besoin. Le monde moderne est celui de l'économie globale, et il est donc inévitable que de plus en plus entreprises vont s'aventurer sur les marchés d'exportation et par conséquent tomber dans le champ d'application des droits de la concurrence de pays différents. Si actuellement seulement les grandes sociétés telles quelles *Microsoft, Sony, Gazprom* etc. attirent dans la plupart des cas l'attention de la Commission européenne, avec le développement du commerce international les entreprises certes moins connues, mais plus grand nombre plus nombreux peuvent intéresser cette autorité. Ainsi, il paraît que l'évitement des coûts de long terme sera nettement supérieur aux coûts de court terme lié à la conclusion d'un accord international.

On peut évidemment envisager **des problèmes techniques**, lesquels sont difficilement prévisibles avant de mettre l'accord en place. Cependant, c'est le déroulement normal d'un processus nouveau et ne doit pas nourrir les hésitations concernant l'adoption d'un tel accord plus que de raison. Il est cependant possible que les États aient besoin d'un

certain temps pour instaurer le système, le tester et s'adapter, et aussi ne s'attend-on pas) un résultat immédiat.

Toutefois, **la peur de l'inconnu** peut paralyser le processus, aussi la peur de perdre même une moindre partie de la souveraineté peut arrêter le progrès complètement : cette peur de l'inconnu porte le nom, en science économique, d'**aversion pour le risque**. Il nous semble que seulement si les États sont substantiellement motivés économiquement et politiquement, ils pourront surmonter ces craintes. Pour que les États soient si motivés, les entreprises doivent aussi comprendre l'importance et tous les profits de l'adoption d'un accord. Il n'est pas impossible que pour le moment certaines sociétés profitent de la situation présente (voir paragraphe 114), tandis que les autres ne réalisent pas encore le danger d'une telle situation. Ainsi, si on peut convaincre les entreprises que leurs coûts de l'activité seront diminués en cas de l'adoption de l'accord, les entreprises pourront à leurs tours convaincre leurs gouvernements à s'engager dans le procès.

Il est possible de résumer les problèmes essentiels liés à la conclusion d'un accord international comme suivants :

- la nécessité d'avoir le consensus général des parties à l'accord,
- la nécessité des investissements importants,
- la possibilité des problèmes techniques pendant les premières années après la conclusion de l'accord,
- la peur de l'inconnu,
- la peur de perdre une partie de la souveraineté.

Tous ses obstacles peuvent être surmontés pourvu que les parties soient de bonne volonté, comme montré ci-dessus. Ainsi, après avoir analysé les possibles défauts de l'accord, il faut aussi examiner son côté positif.

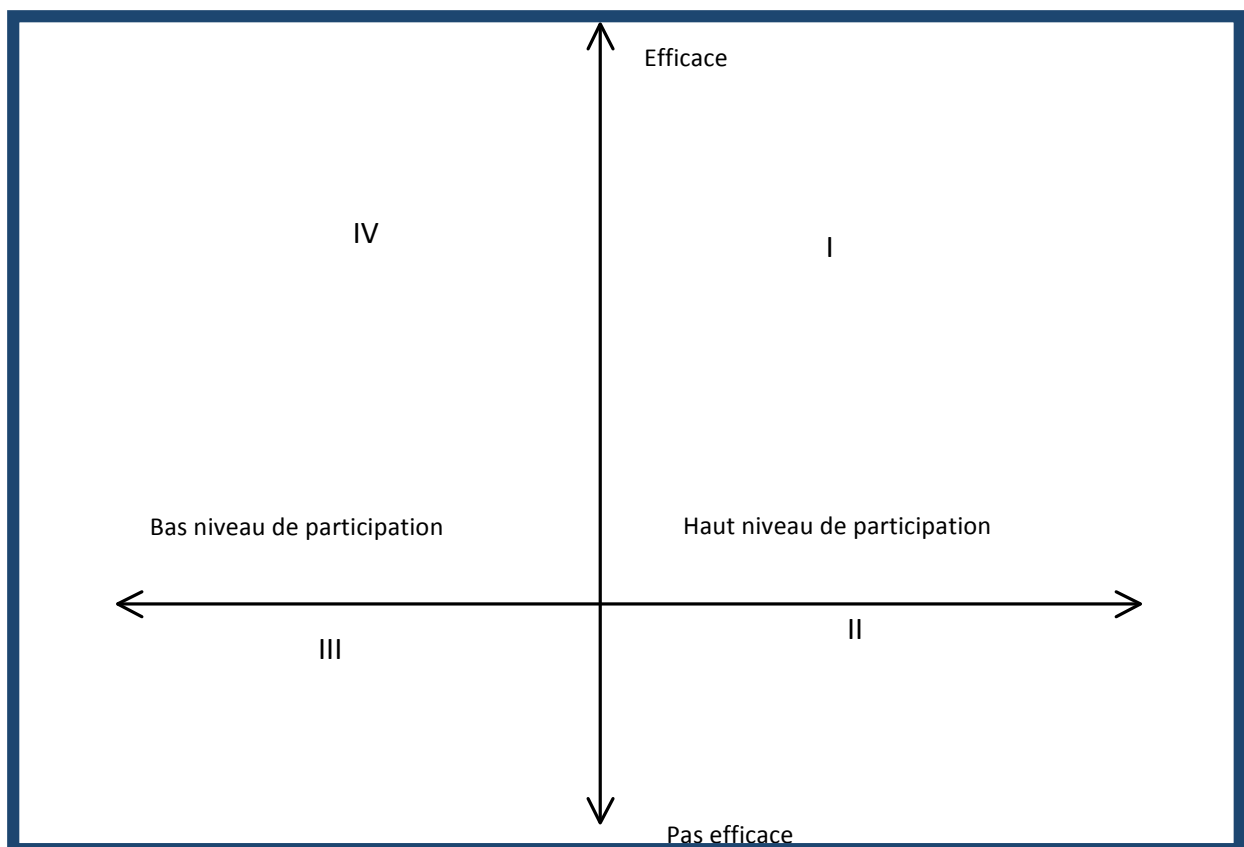
Section 2. Les atouts d'un accord international sur la concurrence.

166. Les atouts d'un accord international sur la concurrence sont nombreux. On espère que le système décrit auparavant pourra **résoudre définitivement le problème « non bis in idem »**, donner plus de **stabilité et de prévisibilité de la politique de la concurrence** sur le marché global et par conséquent donner **plus de sécurité juridique** pour les entreprises. En même temps, le système proposé des amendes s'assurera que les entreprises punies ne

tirent ***aucun profit de la violation*** du droit de la concurrence. Finalement, on aura ***les mêmes règles du jeu partout*** dans le monde ce que permet de protéger la concurrence, et finalement les consommateurs, de manière égale partout dans le monde.

En parlant des atouts du système proposé, il est utile de présenter le schéma développé par professeur Daniel Sokol (Université de Floride) expliquant les points positifs et négatifs des systèmes de la coopération existants (Schéma 1), dans le but de montrer encore une fois l'originalité de l'accord décrit au-dessus. Cette originalité permettra probablement de résoudre la plupart des problèmes actuels.

Schéma 1.⁸⁷⁵



Comme on le constate au vu de ce schéma, les institutions optimales se trouvent dans le secteur I. Ces institutions ont un haut niveau de participation et sont efficaces. Le deuxième meilleur type d'institutions est dans le secteur IV. Elles sont efficaces dans leurs

⁸⁷⁵ Daniel SOKOL, *Monopolists Without Borders: The Institutional Challenge of International Antitrust in Global Gilded Age*, Berkley Business Law Journal, Vol. 4.1, 2007, p.119.

résultats, mais le degré de la participation est bas, souvent à cause des coûts de participation. Les institutions qui ont des coûts élevés, les profits bas, mais le haut niveau de participation se retrouvent dans le secteur II. Le secteur III représente la pire situation : les institutions inefficaces avec un niveau de participation très bas.⁸⁷⁶

Le professeur Sokol suggère logiquement que, parce que les problèmes de la concurrence internationale sont très complexes, l'approche nécessaire à leur résolution doit être globale. Il suppose que dès qu'une organisation internationale prend le rôle du régulateur, la participation des régulateurs locaux sera diminuée. Il écrit aussi que les institutions globales souffrent de problèmes de légitimité démocratique (car ils sont plus éloignées des préférences des électeurs que leurs collègues locaux), que les régulateurs nationaux ignorent. Ainsi, selon le professeur Sokol, aucune des institutions modernes n'entre dans le secteur I, elles se retrouvent tous dans le secteur IV, et aucune n'est complètement efficace.⁸⁷⁷

Toutefois, l'accord proposé dans le cadre de la thèse est basé sur la participation très active des autorités nationales de la concurrence, il ne suggère pas la création d'une organisation absolument détachée des marchés nationaux. Les deux rôles principaux joués par les organes spéciaux de l'OMC seront la répartition du montant de l'amende entre les pays concernés et la résolution des disputes. Un tel système implique aussi moins d'investissements et de changements essentiels. En plus, l'accord présenté au-dessus diminuera les coûts pour les entreprises ainsi que pour les régulateurs issus des multiples poursuites et de l'absence de sécurité juridique, tout en protégeant le marché global ainsi que les marchés nationaux grâce à son système original d'amendes.

Conclusion.

167. Ainsi, après cette analyse scrupuleuse il est possible de conclure qu'il a plus d'atouts que de défauts dans le cas de la conclusion d'un accord international sur la concurrence. Néanmoins, les bienfaits possibles au long terme paraissent souvent plus éphémères et moins importants que les difficultés de court terme, lesquels sont plus faciles à prévoir et mesurer. Ainsi, il n'est pas étonnant que les débats sur la conclusion d'un accord sur la concurrence durent déjà depuis plus de 60 ans (Charte de Havane) et sont

⁸⁷⁶ Ibidem.

⁸⁷⁷ Ibidem.

actuellement toujours sans résultat. Toutefois, on espère que le modèle proposé peut relancer le débat et attirer à nouveau l'attention au problème. En guise de conclusion, il faut souligner encore une fois que l'accord international peut être adopté seulement si les profits qu'il permet de réaliser sont plus importants que ses coûts (presque comme dans le cas de la conclusion de n'importe quel contrat) ce que nous pensons être effectivement le cas.

Investissements & autres coûts à court terme

Résolution du problème

« *non bis in idem* »

Possibles problèmes techniques

<

Efficacité économique

Peur de l'inconnu & l'incertitude

Sécurité juridique

<=>

Accord international sur la concurrence

CONCLUSION GÉNÉRALE.

« *It's a long way to the top, if you wanna rock 'n' roll...* »

AC/DC, album T.N.T., Albert, 1975.

168. Dans le cadre de la présente thèse, plusieurs problèmes issus de l'application extraterritoriale du droit de la concurrence étaient analysés. Particulièrement, les multiples poursuites des mêmes entreprises pour les mêmes faits dans plusieurs juridictions suite à la non-application du principe *non bis in idem* ont été examinées. Aussi, les relations complexes entre les normes du droit européen de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle, ainsi qu'entre le droit européen de la concurrence et le droit international privé et entre le droit européen de la concurrence et le droit de l'OMC, comme la signification de cette complexité pour les entreprises des États tiers touchant au marché européen ont pu être discutées. Ces trois domaines du droit ont été choisis parce que comme le droit de la concurrence ils ont un fort aspect extraterritorial : les droit d'auteur, par exemple, ne sont pas attachés à aucune territoire (sauf celui qui détermine le régime légal qui leur est applicable), personne dans le monde ne peut utiliser de tels droit sans la permission de l'auteur, ce qui peut certainement causer les effets sur les marchés différents (comme dans l'affaire *Microsoft*). Le droit international privé est prévu pour régler les conflits internationaux et suite au Règlement Rome II peut entrer en contact avec le droit de la concurrence. Le droit de l'OMC actuel ne contient pas un accord sur la concurrence, pourtant, il contient un éventail de normes réglant les divers aspects de la concurrence (surtout l'accord ADPIC). De telles normes en principe n'ont pas un effet direct et ne sont pas invocable devant les juridiction européennes, toutefois, les pays membres de l'OMC sont obligés de les respecter et prendre en compte. Une telle situation peut être très frustrante pour beaucoup des entreprises surtout à cause du manque de clarté et de précision.

Finalement, on a conclu qu'il n'existe pas de mécanisme protégeant les entreprises transnationales contre l'insécurité juridique. Par conséquent, les entreprises ayant une activité économique touchant aux marchés étrangers (y compris le marché européen pour les entreprises non-européennes), sont laissées sans aide et sans directions.

Les accords internationaux actuels ne sont pas efficaces en ce qui concerne la protection de la concurrence, et, ainsi, n'assurent pas la protection nécessaire des consommateurs et le commerce en général. En l'absence d'un accord réglant les problèmes décrits au-dessus il est logique de proposer ce que l'on croit être la meilleure solution: un accord international original et le système de son exécution au sein de l'OMC, lesquels peuvent être adoptés par la plupart des pays car ils parlent une langue universelle : celle de la science économique.

Il est évident que la conclusion d'un accord multilatéral est un processus complexe à cause de la quantité des membres, de la nécessité d'investissements multiples, de la peur des changements et de l'inconnu. Néanmoins, en dépit de tous ces obstacles, plusieurs accords ont déjà été conclus dans le monde, l'OMC a été créée et même les pays avec lesquels il est le plus difficile de coopérer (comme, par exemple, la Russie) ont rejoint cette organisation. L'UE elle-même est un exemple de la possibilité de coopération profonde, efficace et ouverte entre les États. De plus, elle ne cesse de s'élargir. La Croatie deviendra bientôt membre de l'UE.⁸⁷⁸ Les autres pays qui ne se trouvent même pas complètement sur le continent européen, comme par exemple la Turquie qui a déposé sa candidature le 14 avril 1987⁸⁷⁹, veulent rejoindre l'UE en tant que les membres. La création récente de l'Union entre la Russie et Biélorussie⁸⁸⁰, le développement du MERCOSUR⁸⁸¹, l'existence de l'OHADA⁸⁸² et d'autres organisations, unions et associations internationales prouvent la volonté des États les plus différents de coopérer, d'unifier leurs droits et de travailler ensemble pour résoudre des problèmes communs.

L'histoire a prouvé que la coopération est la voie la plus efficace pour multiplier les biens. Il est clair qu'il est plus facile de surmonter les obstacles ensemble qu'isolément. L'humanité en soi est la preuve de la réussite du travail commun et de l'interaction entre les individus. C'est la voie naturelle et logique.

Ainsi, même si un accord sur la concurrence n'était pas encore adopté après plusieurs années des discussions, il ne faut pas perdre espoir ni courage. On croit que le modèle présenté dans le cadre de la thèse peut être utile en cas de la reprise presque inévitable des négociations. La résolution des problèmes en commun est dans la nature des gens. On a

⁸⁷⁸ La date prévu est le 1 juillet 2013, <http://www.eu-pregovori.hr>, 31.08.2012.

⁸⁷⁹ <http://www.abgs.gov.tr>, 31.08.2012.

⁸⁸⁰ <http://www.soyuz.by>, 31.08.2012.

⁸⁸¹ <http://www.mercosur.int>, 31.08.2012.

⁸⁸² <http://www.ohada.org>, 31.08.2012.

montré quel dommage cause l'absence d'un accord sur la concurrence : le manque de sécurité juridique, le gaspillage des ressources, et, finalement, la protection non efficace des marchés et des consommateurs.

En outre, la globalisation de l'économie moderne ne s'arrête pas. Chaque année, on aura de plus en plus de problèmes globaux issus de l'application extraterritoriale du droit de la concurrence et de l'absence des règles communes de telle application et il faudra stabiliser cette situation d'une façon ou de l'autre. La présente thèse offre une des solutions possibles. C'est une solution très simple car on propose de prendre une décision sur une affaire dans une juridiction (l'appel est, bien sûr, possible mais seulement dans le cadre de la même juridiction, à l'exception de l'appel extraordinaire auprès de l'ORD de l'OMC). Toutefois, une telle simplicité demande beaucoup de confiance et certains investissements pour créer le système. Néanmoins, avec la volonté, cette idée peut devenir réalité, et le passe nous a montré que la coopération est tout à fait dans la nature humaine. Si on propose la voie naturelle on a plus de chances pour le succès.

Il est aussi vrai que les pays diffèrent l'un de l'autre, les cultures varient considérablement et certains auteurs supposent qu'il sera extrêmement difficile de créer des règles concurrentielles communes.⁸⁸³ Il est probable que si le droit de la concurrence n'était pas applicable de manière extraterritoriale, on ne parlerait même pas de la nécessité d'un accord international. Cependant, en réalité le droit de la concurrence est appliqué de manière extraterritoriale par l'UE, les Etats-Unis, la Russie et plusieurs autres pays. Le droit de la concurrence est applicable hors du territoire de son pays d'origine car les restrictions de la concurrence peuvent se présenter dans un État A tandis que l'opération créant ces effets négatifs était réalisée sur le territoire de l'État B. Il est normal que dans telle situation l'État A voudrait poursuivre l'entreprise de l'État B. Il est évident qu'une opération peut affecter plusieurs marchés et plusieurs pays, ainsi, dans la situation actuelle presque tous les pays affectés pourront poursuivre la même entreprise pour la même violation, il n'est pas même exclu qu'ils arriveront aux conclusions absolument différents comme il n'est pas exclu que l'entreprise sera obligée de payer plusieurs amendes différents. Néanmoins, ce n'est pas seulement une entreprise qui souffre. Chaque État à son tour mène une investigation en utilisant les ressources financières et humaines, finalement, plusieurs États peuvent

⁸⁸³ Voir, par exemple, Wolfgang PAPE, *Socio-Cultural Differences and International Competition Law*, European Law Journal, Vol.5, N°4, Decembre 1998, pp. 438-460.

investiguer une seule affaire, et plusieurs affaires pourront être traitées aussi par les tribunaux nationaux des pays différents.

Il est absolument crucial d'arrêter les multiples poursuites, qui débouchent sur des résultats différents dans les juridictions différentes ou aux multiples sanctions pour la même violation. Sera-t-il difficile d'adopter un accord international et créer un système efficace de protection de la concurrence dans le monde ? Certainement. Est-il indispensable de le faire ? La réponse est à nouveau positive.

Sur chaque page de la présente thèse la nécessité pour un accord international sur la concurrence était analysé en détails, tous les avantages et les inconvénients ont été montrés, en plus, il ne faut pas oublier que l'UE parle d'une telle nécessité depuis les vingt dernières années. Certains sont pour un accord international comme, par exemple, l'UE elle-même et le Japon et d'autres, comme les Etats-Unis, sont, mais la nécessité de la régulation de la concurrence sur le marché mondial reste.

On ne nie pas le degré de la difficulté qui accompagne le processus de la conclusion d'un accord international sur la concurrence, mais on souligne encore une fois la nécessité absolue d'un tel accord. On attire aussi attention sur le fait que les règles trop générales ne seront pas assez efficaces et que la création des règles complètement uniformes dans tous les États paraît peu réaliste actuellement. Ainsi, le système unique qui permet à ses membres de préserver certaines variations culturelles, mais lequel impose en même temps la coopération incessante et lequel amène à la fin du compte au même résultat pour tout le monde (une affaire – une juridiction) peut être la solution attendue si longtemps. Aussi une telle coopération au sein d'un système aboutira certainement à l'harmonisation graduelle des lois sur la concurrence de ses membres ce que facilitera beaucoup la vie des entreprises, car non seulement les règles du jeu seront pareilles partout dans le monde, mais les équipements pour de tels « jeux » seront égaux pour tout le monde aussi. Les régulateurs auront moins des affaires à traiter et pourront utiliser leurs ressources de manière le plus efficace.

En conclusion de la recherche on présente encore une fois la situation actuelle de manière schématique dans le cadre des Annexes à la thèse. Dans l'Annexe 1 sous une forme d'un tableau est résumée ***la jurisprudence fondamentale sur l'application extraterritoriale du droit européen de la concurrence***. L'Annexe 2 présente ***la liste de tous les accords de l'UE avec les pays tiers touchant au droit de la concurrence***. L'Annexe 3 rappelle ***les normes du***

droit international privé lesquels peuvent être appliquées simultanément avec le droit européen de la concurrence à une entreprise non-européenne. L'Annexe 4 présente ***les normes des accords GATT-OMC touchant à la concurrence*** lesquelles sont applicables ensemble avec le droit européen aux entreprises des États tiers. L'Annexe 5 résume la jurisprudence européenne concernant ***l'invocabilité des normes du droit de l'OMC*** et, finalement, l'Annexe 6 est consacré à la jurisprudence européenne sur ***l'effet direct (ou l'absence de tel effet) des normes du droit de l'OMC***.

Le fait que l'on ait besoin de créer ces tableaux prouve encore une fois la complexité de la réglementation actuelle. Il est supposé que les entreprises connaissent toutes les normes contenues dans les Annexes, et même si elles ne les connaissent pas elles doivent les respecter : nul n'est censé ignorer la loi. La difficulté de la situation dans laquelle se trouvent les entreprises ayant une activité économique importante et ainsi pouvant affecter les marchés étrangers est évidente. En attendant l'adoption d'un accord international sur la concurrence, il ne reste qu'espérer que ces six Annexes pourront donner quelques directions de base pour les entreprises perdues dans les jungles du droit.

En croyant en coopération internationale comme meilleur moyen de résoudre les problèmes issus de l'application extraterritoriale du droit de la concurrence et la nécessité de protéger les marchés et les consommateurs de manière égale partout dans le monde, et dans l'espoir que le modèle proposé d'un accord pourra être utile pour les régulateurs ainsi que pour les acteurs, on termine la présente recherche sur une note positive.

ANNEXES

**ANNEXE 1 au Chapitre « L'application du droit européen de la concurrence aux entreprises
des États tiers. La réglementation ».**

**Tableau « La jurisprudence fondamentale sur l'application extraterritoriale du droit
européen de la concurrence ».**

1971	Béguelin	Le fait, par l'une des entreprises participant à l'accord, d'être située dans un pays tiers ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition, des lors que l'accord produit ses effets sur le territoire du marché commun (point 11).
1972	J. R. Geigy AG (matières colorantes)	La Communauté a le pouvoir de prendre les dispositions nécessaires pour garantir l'efficacité des mesures instituées en vue d'atteindre les comportements préjudiciables à la concurrence qui se sont manifestés dans le marché commun. Dans ces conditions, une communication faite conformément à la réglementation communautaire ne saurait, en raison de la circonstance qu'elle doit être effectuée dans un État tiers, être considérée comme entraînant l'invalidité de la procédure administrative ultérieure du moment qu'en mettant le destinataire en mesure de prendre effectivement connaissance des griefs retenus contre lui, elle atteint son but (point 4). Lorsqu'une société établie dans un État tiers, en se prévalant de son pouvoir de direction sur ses filiales établies dans la Communauté, fait appliquer par celles-ci une décision de hausse de prix dont la réalisation uniforme avec d'autres entreprises constitue une pratique interdite par l'article 85, paragraphe 1 du TCE, le comportement des filiales doit être imputé à la société mère (point 13).
1973	Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc.	Un tel achat, affectant les conditions du marché à l'intérieur de la Communauté, relève de l'application du droit communautaire. Le fait que Continental n'est pas établie sur le territoire d'un des États membres de la Communauté ne suffit pas pour la soustraire à l'application de ce droit.
1976	EMI Records Limited	Une entente entre des opérateurs économiques à l'intérieur du marché commun et des concurrents dans des pays tiers, d'où résulterait un isolement de l'ensemble du marché commun qui réduirait, dans l'aire communautaire, l'offre de produits originaires de pays tiers, similaires à ceux protégés par une marque à l'intérieur du marché commun (point 28). Dans le cas notamment où le titulaire de la marque litigieuse dans le pays tiers dispose à l'intérieur de la Communauté de plusieurs filiales établies dans divers États membres et qui sont en mesure de commercialiser les produits en cause dans le marché commun, cet isolement serait également susceptible d'affecter le commerce entre États membres.
1978	Tepea	S'il résulte de la jurisprudence de la Cour (arrêt Béguelin) que le fait par l'une des entreprises participant à l'accord d'être située dans un pays tiers ne fait pas obstacle à l'application de l'article 85, dès lors que l'accord produit ses effets sur le territoire du marché commun, encore faut-il considérer que cet accord échappe à la prohibition de l'article 85 lorsqu'il n'affecte le commerce intracommunautaire que d'une manière non sensible (point 47).
1988	A. Ahlström Osakeyhtiö et autres (Pâte de bois)	Les principales sources d'approvisionnement en pâte de bois sont situées en dehors de la Communauté (au Canada, aux USA, en Suède et en Finlande) et le marché a une dimension mondiale. Lorsque des producteurs de pâte établis dans ces pays effectuent des ventes directement à des acheteurs établis dans la

		<p>Communauté et lorsqu'ils se livrent à une concurrence de prix pour emporter les commandes de ces clients, il y a concurrence à l'intérieur du marché (point 12).</p> <p>Il s'ensuit que, lorsque ces producteurs se concertent sur les prix qu'ils consentiront à leurs clients établis dans la Communauté et mettent en œuvre cette concertation en vendant à des prix coordonnés, ils participent à une concertation qui a pour objet et pour effet de restreindre le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, au sens de l'article 85 TCE (point 13).</p> <p>Dans ces conditions, il y a lieu de conclure que la Commission, en appliquant, dans les conditions de l'espèce, les règles de concurrence du Traité à l'égard d'entreprises ayant leur siège social en dehors de la Communauté, n'a pas fait une appréciation erronée du domaine d'application territorial de l'article 85 TCE (point 14).</p> <p><u>En ce qui concerne l'incompatibilité de la décision avec le droit international public →</u></p> <p>Une infraction à l'article 85 TCE, telle que la conclusion d'un accord qui a eu pour effet de restreindre la concurrence à l'intérieur du marché commun, implique deux éléments de comportement, à savoir la formation de l'entente et sa mise en œuvre. Faire dépendre l'applicabilité des interdictions édictées par le droit de la concurrence du lieu de la formation de l'entente aboutirait à l'évidence à fournir aux entreprises un moyen facile de se soustraire auxdites interdictions (point 16).</p> <p>Dans ces conditions, la compétence de la Communauté pour appliquer ses règles de concurrence à l'égard de tels comportements est couverte par le principe de territorialité qui est universellement reconnu en droit international public (point 18).</p> <p><u>En ce qui concerne le principe de non –intervention →</u></p> <p>les conditions d'application ne sont pas remplis → il n'y pas de contradiction entre le comportement prescrit par les USA et celui prescrit par la Communauté, étant donné que la loi Webb – Pomerene se borne à l'exempter de l'application des lois antitrust américaines la conclusion de cartels d'exportation, sans imposer la conclusion de tels accords (point 19).</p> <p><u>En ce qui concerne le non-respect de la courtoisie internationale (<i>comitas gentium</i>) →</u> les mêmes arguments comme la (non)-compétence de la Communauté → doit être rejeté (point 22).</p> <p>La décision de la Commission n'est contraire ni à l'article 85 du Traité ni aux règles de droit international public (point 23).</p> <p><u>Sur l'application exclusive ou non des règles de concurrence contenues dans l'Accord de libre-échange entre la Communauté et la Finlande.</u></p> <p>Selon les articles 23 et 27 de l'accord de libre-échange, sont notamment incompatibles avec le bon fonctionnement de l'accord, dans la mesure où ils sont susceptibles d'affecter les échanges entre la Communauté et la Finlande, les accords et pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence (point 30).</p> <p>Les dispositions des articles 23 et 27 de l'Accord de libre-échange présupposent que les parties contractantes disposent de règles qui leur permettent de sanctionner les ententes qu'elles considèrent comme incompatible avec l'Accord. En ce qui concerne la Communauté, ces règles ne peuvent être que celles des articles 85 et 86 du Traité. → L'Accord de libre-échange n'en exclut pas l'application (point 31).</p>
--	--	--

		<p>La Communauté a appliqué ses règles de concurrence à l'égard des requérants finlandais, non parce que ceux-ci se seraient concertés entre eux, mais bien parce qu'ils ont participé à une concertation plus vaste avec des entreprises américaines, canadiennes et suédoises qui a restreint la concurrence à l'intérieur de la Communauté. Les échanges avec la Finlande n'étaient donc pas les seuls à être affectés. En pareille situation, la saisine du comité mixte (selon l'Accord) n'aurait pas pu aboutir à l'adoption de mesures appropriées (point 32).</p>
1999	Gencor Ltd	<p>En effet, selon l'arrêt Pâte de bois, le critère de la mise en œuvre de l'entente est satisfait par la simple vente dans la Communauté, indépendamment de la localisation des sources d'approvisionnement et des installations de production. Or, il n'est pas contesté que Gencor et Lonrho réalisaient des ventes dans la Communauté avant la concentration et auraient continué à le faire après (point 87).</p> <p>Dans ces conditions, en appliquant en l'espèce le règlement n° 4064/89 à un projet de concentration notifié par des entreprises ayant leur siège social et déployant leurs activités d'extraction et de production en dehors de la Communauté, la Commission n'a pas fait une appréciation erronée du domaine d'application territorial du règlement n° 4064/89 (point 88).</p> <p><u>Sur la compatibilité de la décision litigieuse avec le droit international public</u></p> <p>A la suite de l'accord de concentration, les rapports de concurrence existant préalablement entre Implats et LPD, notamment en ce qui concerne leurs ventes dans la Communauté, auraient été éliminés. Cela aurait modifié la structure de la concurrence à l'intérieur du marché commun, dès lors que, au lieu de trois fournisseurs sud-africains de platinoïdes, il n'en serait resté que deux. La mise en œuvre de la concentration projetée aurait entraîné non seulement la fusion des activités d'extraction et de production des platinoïdes des parties exercées en Afrique du Sud, mais aussi celle de leurs activités de commercialisation partout dans le monde et plus particulièrement dans la Communauté, où Implats et LPD réalisaient des ventes non négligeables (point 89).</p> <p>Il convient de relever que, lorsqu'il est prévisible qu'une concentration projetée produira un effet immédiat et substantiel dans la Communauté, l'application du règlement est justifiée au regard du droit international public (point 90).</p> <p>Dès lors, la concentration aurait produit un effet immédiat dans la Communauté (point 95).</p> <p>La requérante ne peut soutenir que la concentration n'aurait pas un effet substantiel dans la Communauté, eu égard au niveau peu important des ventes et de la part de marché des parties à la concentration dans l'EEE. En effet, alors que le niveau des ventes en Europe occidentale (20 % de la demande mondiale) et la part de marché de l'entité issue de la concentration dans la Communauté [(...) % en ce qui concerne le platine] justifiaient déjà suffisamment la compétence de la Communauté à l'égard de la concentration, l'impact potentiel de la concentration s'avérerait encore bien supérieur à ce que représentaient les chiffres correspondants. En effet, compte tenu du fait que la concentration aurait eu pour conséquence de créer une position dominante duopolistique dans les marchés mondiaux du platine et du rhodium, il est évident que les ventes dans la Communauté, potentiellement affectées par la concentration, auraient couvert</p>

		<p>non seulement celles de l'entreprise Implats/LPD mais aussi celles d'Amplats (environ 35 à 50 %), ce qui aurait représenté une partie plus que substantielle des ventes de platine et de rhodium en Europe occidentale et une part de marché combinée d'Implats/LPD et d'Amplats beaucoup plus élevée [environ (...) à 65 %] (point 97).</p> <p>Enfin, ne peut être accueilli l'argument de la requérante selon lequel la création de la position dominante visée par la Commission dans la décision litigieuse ne concernerait pas plus la Communauté que toute autre entité compétente et concernerait même la Communauté à un degré moindre que d'autres. En effet, le fait que, dans le contexte d'un marché mondial, d'autres parties du monde soient affectées par la concentration ne saurait empêcher la Communauté d'exercer son contrôle sur une opération de concentration affectant substantiellement la concurrence à l'intérieur du marché commun en créant une position dominante (point 98).</p> <p>Dès lors, les arguments par lesquels la requérante conteste l'existence d'un effet substantiel de l'opération de concentration dans la Communauté doivent être rejetés (point 99).</p> <p>Quant au critère de l'effet prévisible, il découle de tout ce qui précède qu'il était effectivement prévisible que la création d'une position dominante duopolistique sur un marché mondial aurait aussi pour effet d'entraver significativement la concurrence dans la Communauté, partie intégrante de ce marché (point 100).</p> <p>Il s'ensuit que l'application du règlement n° 4064/89 à l'égard de la concentration projetée était conforme au droit international public (point 101).</p> <p>Il convient ensuite d'examiner si l'exercice de cette compétence par la Communauté a violé <u>un principe de non-intervention et le principe de proportionnalité</u> (point 102).</p> <p>En ce qui concerne l'argument de la requérante selon lequel la Communauté aurait dû s'abstenir, en vertu d'un principe de non-intervention, d'interdire la concentration en vue d'éviter un conflit de compétences avec les autorités sud-africaines, il doit être écarté, sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur l'existence, en droit international, d'une telle règle. A cet effet, il suffit de constater qu'il n'existait pas de conflit entre le comportement prescrit par le gouvernement sud-africain et celui prescrit par la Communauté, étant donné que, dans leur lettre du 22 août 1995, les autorités sud-africaines compétentes en matière de concurrence se sont bornées à conclure que les accords de concentration ne posaient pas de problème en matière de politique de concurrence, sans imposer la conclusion de tels accords (voir, en ce sens, arrêt Pâte de bois, point 20) (point 103).</p> <p>A cet égard, dans sa lettre du 19 avril 1996, le gouvernement sud-africain, loin de remettre en question la compétence de la Communauté pour se prononcer sur la concentration en cause, n'a fait d'abord qu'exprimer une préférence générale, compte tenu de l'importance stratégique des exploitations minières en Afrique du Sud, pour des interventions ad hoc dans des cas spécifiques de collusion, sans apporter de précisions sur les mérites industriels ou autres de l'opération de concentration envisagée entre Gencor et Lonrho. Il n'a fait ensuite que manifester le point de vue selon lequel la concentration projetée pourrait ne pas entraver la concurrence, compte tenu de la puissance économique d'Amplats, de l'existence d'autres sources d'approvisionnement en platinoïdes et des possibilités d'entrée</p>
--	--	---

		<p>d'autres producteurs sur le marché sud-africain par le biais de l'octroi de nouvelles concessions d'exploitation (point 104). Enfin, ni la requérante ni, d'ailleurs, le gouvernement sud-africain dans la lettre du 19 avril 1996 n'ont démontré, au-delà de simples déclarations de principe, en quoi la concentration projetée affecterait les intérêts vitaux de l'économie et/ou du commerce de la république d'Afrique du Sud (point 105).</p>
2005	General Electric Company	<p>L'importance de la décision GE/ Honeywell tient à ce que la décision de la Commission faisait suite à une conclusion en sens contraire à laquelle était parvenue le DoJ, et qui avait validé généralement la fusion, sous certaines conditions peu contraignantes. La Division anti-trust du DoJ avait affirmé que cette fusion, telle que complétée par lesdites conclusions, aurait bénéficié à la fois à la concurrence et aux consommateurs : la nouvelle entreprise qui aurait résulté de la fusion aurait offert de meilleurs produits et services qu'aucune des deux sociétés n'aurait pu le faire seule, et à un prix plus avantageux pour les consommateurs.</p> <p>En plus de la différence de traitement juridique entre les deux juridictions, l'extraterritorialité était également facteur de tension politique : comme dans l'affaire Boeing/ McDonnell Douglas, l'affaire GE/ Honeywell a attiré l'attention des commentateurs sur la possibilité que des considérations qui n'avaient rien à voir avec les politiques de concurrence puissent se faire passer pour des applications légitimes du droit de la concurrence, et la Commission a été accusée de se livrer à un tel tour de passe-passe. M. Mario Monti, alors commissaire, a rejeté ces accusations, puisque selon lui « c' [était] une question de droit et d'économie, pas de politique ». M. Monti, a ajouté que « la nationalité des sociétés et les considérations d'ordre politiques n'[avaient] joué et ne [joueraient] aucun rôle dans l'examen de cette fusion ni dans aucune autre ». Cette déclaration a pu être perçue comme une réponse à la pression politique croissante de la part des Etats-Unis, visant à persuader la Commission d'assouplir sa position.</p> <p>Voir Ariel EZRACHI, <i>EC Competition Law. An analytical guide to the leading cases</i>, Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon. 2008,p. 276, 284p.</p>

**ANNEXE 2 au Chapitre « L'application du droit européen de la concurrence aux entreprises
des États tiers. L'exécution ».**

Tableau « Les accords internationaux ».

Pays	Accord général contenant les normes sur la concurrence	Accord spécial	Autorité ayant conclu l'accord	
			L'UE	La Commission européenne
1 Afrique du Sud	<p>Accord de commerce, de développement et de coopération entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République d'Afrique du Sud, d'autre part de 1998</p> <p><i>JO L 127 du 29.4.2004</i></p> <p><i>JO L 311 du 4.12.1999</i></p> <p><i>Acte modificatif :</i></p> <p><i>JO L 57 du 28.2.2006</i> <i>(Décision</i> <i>2006/166/CE)</i></p> <p>Articles pertinents :</p> <p>Articles 35-44</p>		L'Accord est entre la CE (UE) et ses États membres et la République d'Afrique Sud	
2 Albanie	<p>Accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République d'Albanie, d'autre part de 12 juin 2006</p> <p><i>(JO L107/166</i> <i>28.4.2009 p.166)</i></p> <p>Articles pertinents :</p> <p>Articles 71 et 72</p>		L'UE et ses États membres	
3 Algérie	<p>Accord euro- méditerranéen établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République Algérienne démocratique et populaire, d'autre part du 18 Juillet 2005</p>		L'UE et ses États membres	

	<p><i>(JO n° L 265 du 10.10.2005 p. 0002 – 0228)</i></p> <p>Articles pertinents : Articles 41, 42,43</p>			
4 Arménie	<p>Accord de partenariat et de coopération entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République d'Arménie, d'autre part de 1999</p> <p><i>(JO L 239 du 9.9.1999, p. 1–50 JO L 239 du 9.9.1999, p. 3–50)</i></p> <p>Articles pertinents : Article 43</p>		L'UE et ses États membres	
5 Brésil	<p>Accord-cadre de coopération entre la Communauté économique européenne et la République fédérative du Brésil - Échange de lettres entre la Communauté économique européenne et la République fédérative du Brésil concernant les transports maritimes de 30 octobre 1995</p> <p><i>(JO n° L 262 du 01/11/1995 p. 0054 – 0065)</i></p> <p>Articles pertinents :</p> <p>Annexe à l'accord-cadre de coopération entre la CEE et la République fédérative du Brésil : Échange de lettres entre la Communauté économique européenne et la République fédérative du Brésil concernant</p>	<p>Memorandum of Understanding on Cooperation between the DG Competition of the European Commission and the Council for Economic Defense (CADE), the Secretariat of Economic Law of the Ministry of Justice (SDE), and the Secretariat for Economic Monitoring of the Ministry of Finance (SEAE) of the Government of the Federative Republic of Brazil, 8 October 2009.</p>	<p>Accord général est conclu entre l'UE et Brésil</p>	<p>Memorandum of Understanding on Cooperation est conclu entre DG Concurrence et les autorités nationales du Brésil</p>

	les transports maritimes			
6 Canada		Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement du Canada concernant l'application de leur droit de la concurrence de 17 juin 1999 <i>(JO n° L 175 du 10/07/1999 p. 0050 – 0060)</i>	Entre les Communautés européennes et le gouvernement du Canada	
7 Chili	Accord établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République du Chili, d'autre part de 2002 <i>JO n° L 352 du 30/12/2002 p. 0003 – 1450</i> Articles pertinents : Articles 172-180		Entre la Communauté européenne et ses États membres et Chili	
8 Chine (République populaire)		Terms of Reference of the EU-China Competition Policy Dialogue, 2003		Entre le Ministère du Commerce de la Chine et DG Concurrence de la Commission européenne
9 Colombie	Accord commercial entre l'Union européenne, d'une part, et la Colombie et le Pérou, d'autre part de 2011		Entre l'UE, la Colombie et Pérou	
10 Corée du Sud	Accord de libre-échange UE-Corée du Sud, 2010 Articles pertinents : 11.1 – 11.15	Accord entre la Communauté européenne et le gouvernement de la République de Corée concernant la coopération en matière de pratiques anticoncurrentielles de 2009 <i>JO n° L 202 du 04/08/2009 p. 0036 – 0041</i> Memorandum of	Accord de libre-échange est entre l'UE et la Corée du Sud Accord de de 2009 est entre la CE (UE) et la République de Corée	Memorandum of Understanding on Cooperation est entre la Fair Trade Commission of the Republic of Korea et le DG Concurrence de la Commission européenne

		Understanding on Cooperation between the Fair Trade Commission of the Republic of Korea and the Competition Directorate-General of the European Commission, 2004		
11 Croatie	<p>Accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République de Croatie, d'autre part de 2004</p> <p><i>JO n° L 026 du 28/01/2005 p. 0001 – 0002</i></p> <p>Articles pertinents :</p> <p>Articles 40, 69, 70</p>		Entre les CE et leurs États membres et la Croatie	
12 Egypte	<p>Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République arabe d'Égypte, d'autre part de 2004</p> <p><i>JO n° L 304 du 30/09/2004 p. 0038 – 0038</i></p> <p>Articles pertinents :</p> <p>Articles 35-37 et la déclaration commune sur l'article 35</p>		Entre les CE et leurs États membres et l'Égypte	
13 États-Unis		<p>Best practices on Cooperation in merger investigation, 14 October 2011</p> <p>Accord entre le gouvernement des États-Unis d'Amérique et la Commission des Communautés européennes concernant l'application de leurs règles de concurrence de</p>	L'Accord de 1998 est entre les CE et le gouvernement des États-Unis	<p>Best practices: entre la Federal Trade Commission US, le Department of Justice US et le DG Concurrence de la Commission européenne</p> <p>L'Accord de 1995 est entre le</p>

		<p>1995</p> <p><i>JO L 95 du 27.4.1995, p. 47–52</i></p> <p>Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant la mise en œuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence de 1998</p> <p><i>JO L 173 du 18.6.1998, p. 28–31</i></p>		gouvernement des États-Unis et la Commission des CE
14 Islande	<p>Accord sur l'Espace économique européen</p> <p><i>JO n° L 001 du 03/01/1994 p. 0003 – 0036</i></p> <p>Articles pertinents :</p> <p>Articles 53 – 64 et les protocoles 21 - 25</p>		Les CE (UE) et leurs États membres et les membres de AELE (mais la Suisse n'a pas ratifié l'Accord sur EEE, ainsi seulement Islande, Liechtenstein et Norvège sont les membres).	
15 Israël	<p>Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et l'État d'Israël, d'autre part de 2005</p> <p><i>JO n° L 147 du 21/06/2000 p. 0003 - 0171</i></p> <p>Articles pertinents :</p> <p>Articles 36-38 et la déclaration de l'UE (CE) concernant l'article 36</p>		Entre les CE et leurs États membres et l'Israël	
16 Japon		Accord entre la Communauté européenne et le gouvernement du	L'accord est entre la CE (UE) et le	

		Japon concernant la coopération en matière de pratiques anticoncurrentielles de 2003 <i>JO L 183 du 22.7.2003, p. 12-17</i>	gouvernement du Japon	
17 Jordanie	Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et le Royaume hachémite de Jordanie, d'autre part de 1997 <i>JO n° L 129 du 15/05/2002 p. 0003 – 0176</i> Articles pertinents : Articles 53-55		L'accord est entre les CE (UE) et leurs États membres et le Royaume hachémite de Jordanie	
18 Liban	Accord euro-méditerranéen instituant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République libanaise, d'autre part de 2006 <i>JO n° L 143 du 30/05/2006 p. 0002 – 0188</i> Articles pertinents : Articles 35-37, la déclaration commune et la déclaration de l'UE (CE) sur l'article 35		Entre la Communauté européenne et ses États membres et la République libanaise	
19 Liechtenstein	Accord sur l'Espace économique européen <i>JO n° L 001 du 03/01/1994 p. 0003 – 0036</i>		Les CE (UE) et leurs États membres et les membres de AELE (mais la Suisse n'a pas ratifié l'Accord sur EEE, ainsi	

	<p>Articles pertinents :</p> <p>Articles 53 – 64 et les protocoles 21 – 25</p>		<p>seulement Islande, Liechtenstein et Norvège sont les membres).</p>	
20 Macédoine	<p>L'accord CE - Ancienne République yougoslave de Macédoine de stabilisation et d'association de 2004</p> <p><i>JO L 25 du 30.1.2008, p. 10–10</i></p> <p>Articles pertinents :</p> <p>Articles 39, 68-70</p>		<p>Entre CE (UE) et l'Ancienne République yougoslave de Macédoine</p>	
21 Maroc	<p>Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et le Royaume du Maroc, d'autre part de 2000</p> <p><i>JO n° L 070 du 18/03/2000 p. 0002 - 0204</i></p> <p>Articles pertinents :</p> <p>Articles 36-38</p> <p>2005/466/CE: Décision n° 1/2004 du Conseil d'association UE-Maroc du 19 avril 2004 portant adoption des réglementations nécessaires à la mise en œuvre des règles de concurrence</p> <p><i>JO n° L 165 du 25/06/2005 p. 0010 – 0013</i></p>		<p>L'Accord est entre les CE (UE) et leurs États membres et le Royaume du Maroc</p>	
22 Mexique	<p>Accord de partenariat économique, de coordination politique et de coopération entre la Communauté</p>		<p>Accord de partenariat entre la CE (UE) et ses États membres et les États-Unis</p>	

	<p>européenne et ses États membres, d'une part, et les États-Unis mexicains, d'autre part de 1997</p> <p><i>JO n° L 276 du 28/10/2000 p. 0045 - 0079</i></p> <p>Articles pertinents :</p> <p>Article 11</p> <p>Decision No 2/2000 of the EC-Mexico Joint Council - Joint Declarations</p> <p>Articles pertinents :</p> <p>Article 39 et l'annexe XV</p>		mexicains	
23 Moldavie	<p>L'accord de partenariat et de coopération entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République de Moldavie, d'autre part de 1998</p> <p><i>JO n° L 181 du 24/06/1998 p. 0001 – 0002</i></p> <p>Articles pertinents :</p> <p>Articles 48 et 50</p>		Accord est entre les CE (UE) et leurs États membres et la République de Moldavie	
24 Monténégro	<p>Accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs États membres d'une part, et la République du Monténégro, d'autre part de 2007</p> <p><i>JO L 108 du 29.4.2010, p. 3–354</i></p> <p>Articles pertinents :</p> <p>Articles 43, 73, 74</p>		Entre les CE (UE) et leurs États membres et la République du Monténégro	

25 Norvège	<p>Accord sur l'Espace économique européen</p> <p><i>JO n° L 001 du 03/01/1994 p. 0003 – 0036</i></p> <p>Articles pertinents :</p> <p>Articles 53 – 64 et les protocoles 21 - 25</p>		<p>Les CE (UE) et leurs États membres et les membres de AELE (mais la Suisse n'a pas ratifié l'Accord sur EEE, ainsi seulement Islande, Liechtenstein et Norvège sont les membres).</p>	
26 Pérou	<p>L'accord commercial entre l'Union européenne, d'une part, et la Colombie et le Pérou, d'autre part de 2011</p>		<p>Entre l'UE, la Colombie et le Pérou</p>	
27 Russie	<p>Accord de partenariat et de coopération établissant un partenariat entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la Fédération de Russie, d'autre part de 1997</p> <p><i>JO L 327 du 28.11.1997, p. 1–69</i></p> <p><i>JO L 327 du 28.11.1997, p. 3–69</i></p> <p>Articles pertinents : Articles 53 et 55</p>	<p>Memorandum of Understanding on Cooperation</p>	<p>Accord de partenariat et de coopération est entre Communautés européennes et leurs États membres et la Russie</p>	<p>Memorandum of Understanding on Cooperation est entre FAS et DG Concurrence</p>
28 Suisse	<p>Accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport aérien de 2002</p> <p><i>JO n° L 114 du 30/04/2002 p. 0073 – 0090</i></p> <p>Accord entre la Communauté économique européenne et la Confédération suisse de 1972</p>		<p>L'Accord de 2002 est entre la CE (UE) et la Suisse</p> <p>L'Accord de 1972 est entre la CEE et la Suisse</p>	



	<p><i>JO L 300, 31.12.1972</i></p> <p>Articles pertinents :</p> <p>Articles 23, 27, les déclarations de CEE concernant l'application régionale de certaines dispositions de l'accord et la déclaration de CEE sur l'article 23 (1) de l'accord</p>			
30 Tunisie	<p>Accord euro-méditerranéen établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République tunisienne, d'autre part de 1998</p> <p><i>JO n° L 097 du 30/03/1998 p. 0002 – 0183</i></p> <p>Articles pertinents : Articles 36-38</p>		<p>Accord de 1998 est entre la Communauté européenne et ses États membres et la République tunisienne</p>	
31 Turquie	<p>Décision de la Commission du 29 février 1996 concernant la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne du charbon et de l'acier et la république de Turquie sur le commerce des produits couverts par le traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (96/528/CECA)</p> <p><i>JO L 227, 7.9.1996, p. 1, Décision 96/528/ECSC</i></p> <p>Articles pertinents :</p>		<p>L'Accord du 1996 est entre la Communauté européenne du charbon et de l'acier et la République de Turquie</p> <p>Accord de 1995 est entre les CE (UE) et leurs États membre et la République de Turquie</p>	

	<p>Articles 7-9</p> <p>Accord d'association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République de Turquie, d'autre part de 1995 - La décision n° 1/95 du Conseil d'association CE - Turquie du 22 décembre 1995 relatif à exécution de la phase finale de l'union douanière (CE-TR 106/1/95)</p> <p><i>JO L 35, 13.2.1996, p. 1.</i></p> <p>Articles pertinents :</p> <p>Articles 32-43</p>			
32 Ukraine	<p>Accord de partenariat et de coopération entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et l'Ukraine, d'autre part de 1998 (basé sur 98/149/CE, CECA, Euratom: Décision du Conseil et de la Commission du 26 janvier 1998)</p> <p><i>JO n° L 049 du 19/02/1998 p. 0001 – 0002</i></p> <p>Articles pertinents :</p> <p>Articles 49 et 51.</p>		L'Accord est entre les CE (UE) et leurs États membres et l'Ukraine	
Associations régionales				
1 Pays d'Afrique, Caraïbes et Pacifique	<p>L'Accord de Cotonou de 2000</p> <p>(signé 23 juin 2000 et entré en vigueur 1 avril 2003)</p> <p><i>JO L 317, 15.12.2000,</i></p>		<p>L'Accord est entre l'UE et les Pays d'Afrique, Caraïbes et Pacifique (Pays ACP)*</p> <hr/> <p>* Les Pays ACP</p>	

	<p>p. 3.</p> <p>Articles pertinents :</p> <p>Article 45</p>		<p>sont les pays signataires de l'Accord de Cotonou qui a succédé l'Accord de Lomé (79 pays d'ACP et l'UE)</p>	
2 CARICOM	<p>Accord de Partenariat Économique entre les États du CARIFORUM, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part de 2008</p> <p><i>JO L 289/I/3</i></p> <p>Articles pertinents :</p> <p>Articles 32, 65, 68, 75, 77, 100, 108, 125-130, 138, 144, 145, 167, 173, 177</p>		<p>L'Accord est entre Les États du CARIFORUM et la CE (UE) et ses États membres*</p> <hr/> <p>* CARIFORUM c'est Le Forum Caraïben des États de l'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique qui est un groupement des états des Caraïbes qui sont signataires de la Convention de Lomé IV.</p> <p>Dans le cadre de cette Convention de, le Forum des Caraïbes contrôle et coordonne l'attribution des ressources du Fonds Européen de Développement pour financer les projets régionaux dans la région caribéenne.</p> <p>15 états caribéens sont membres à part entière du CARIFORUM.⁸⁸⁴</p>	
Autres				

⁸⁸⁴ <http://www.criti.info/?q=fr/content/cariforum-le-forum-caribéen-des-États-acp> 1.05.2012

1 Iles Féroé	<p>Accord entre la Communauté européenne, d'une part, et le Gouvernement du Danemark et le gouvernement local des îles Féroé, d'autre part de 1996</p> <p><i>JO L 53 22/02/1997 p.2</i></p> <p>Articles pertinents :</p> <p>Article 25</p>		<p>L'Accord est entre la CE (UE) et le Gouvernement du Danemark et le gouvernement local des îles Féroé</p>	
2 Bande de Gaza et Territoires Palestiniens	<p>Un accord d'association euro-méditerranéen intérimaire relatif aux échanges et à la coopération entre la Communauté européenne et l'OLP pour le compte de l'Autorité palestinienne de Cisjordanie et de la bande de Gaza (COM/97/0051 FINAL - AVC 97/0036) de 1997</p> <p><i>JO n° C 128 du 24/04/1997 p. 0001</i></p> <p>Articles pertinents :</p> <p>Articles 30-32</p>		<p>L'Accord est entre la CE (UE) et l'OLP (Organisation de libération de la Palestine)</p>	

Le couleur  souligne les Etats membres de l'EEE, tandis que le couleur  souligne les pays avec lesquels l'UE a les accords spécialisé concernant le droit de la concurrence.

ANNEXE 3 au Chapitre « L'application simultanée du droit international privé européen et du droit européen de la concurrence aux entreprises des Etats tiers »

« Les normes du droit européen privé applicables aux entreprises des États tiers ».

Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) JO n° L 199 du 31/07/2007 p. 0040 - 0049

(...)

Considérant ce qui suit :

(...)

(22) Les obligations non contractuelles résultant d'actes restreignant la concurrence, prévues à l'article 6, paragraphe 3, devraient s'appliquer aux infractions au droit de la concurrence tant national que communautaire. La loi applicable aux obligations non contractuelles de ce type devrait être celle du pays du marché affecté ou susceptible de l'être. Au cas où le marché est affecté ou susceptible de l'être dans plus d'un pays, le demandeur devrait pouvoir, dans certains cas, choisir de fonder sa demande sur la loi de la juridiction saisie.

(23) Aux fins du présent règlement, la notion de restriction du jeu de la concurrence devrait couvrir les interdictions visant les accords entre entreprises, décisions d'associations d'entreprises et pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence dans un État membre ou dans le marché intérieur, ainsi que l'interdiction d'exploiter de façon abusive une position dominante dans un État membre ou dans le marché intérieur lorsque de tels accords, décisions, pratiques concertées ou abus sont interdits par les articles 81 et 82 du traité ou par la loi d'un État membre.

(...)

Article 6

Concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence

1. La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être.

2. Lorsqu'un acte de concurrence déloyale affecte exclusivement les intérêts d'un concurrent déterminé, l'article 4 est applicable.

3. a) La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte restreignant la concurrence est celle du pays dans lequel le marché est affecté ou susceptible de l'être.

b) Lorsque le marché est affecté ou susceptible de l'être dans plus d'un pays, le demandeur en réparation qui intente l'action devant la juridiction du domicile du défendeur peut choisir de fonder sa demande sur la loi de la juridiction saisie, pourvu que le marché de cet État membre compte parmi ceux qui sont affectés de manière directe et substantielle par la restriction du jeu de la concurrence dont résulte l'obligation non contractuelle sur laquelle la demande est fondée. Lorsque le demandeur, conformément aux règles applicables en matière de compétence judiciaire, cite plusieurs défendeurs devant cette juridiction, il peut uniquement choisir de fonder sa demande sur la loi de cette juridiction si l'acte restreignant la concurrence auquel se rapporte l'action intentée contre chacun de ces défendeurs affecte également de manière directe et substantielle le marché de l'État membre de cette juridiction.

4. Il ne peut être dérogé à la loi applicable en vertu du présent article par un accord tel que mentionné à l'article 14.

ANNEXE 4 au Chapitre « Les relations entre les normes du droit de l'OMC touchant à la concurrence et le droit européen de la concurrence ».

« Les normes des accords GATT-OMC applicables aux entreprises des États tiers ».

Normes « générales »

Article XXIII de GATT

« Protection des concessions et des avantages »

1. Dans le cas où une partie contractante considérerait qu'un avantage résultant pour elle directement ou indirectement du présent Accord se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs de l'Accord est entravée du fait

- a) qu'une autre partie contractante ne remplit pas les obligations qu'elle a contractées aux termes du présent Accord;
- b) ou qu'une autre partie contractante applique une mesure, contraire ou non aux dispositions du présent Accord;
- c) ou qu'il existe une autre situation,

ladite partie contractante pourra, en vue d'arriver à un règlement satisfaisant de la question, faire des représentations ou des propositions écrites à l'autre ou aux autres parties contractantes qui, à son avis, seraient en cause. Toute partie contractante ainsi sollicitée examinera avec compréhension les représentations ou propositions qui lui auront été faites.

2. Dans le cas où un règlement n'interviendrait pas dans un délai raisonnable entre les parties contractantes intéressées ou dans le cas où la difficulté serait de celles qui sont visées à l'alinéa c) du paragraphe premier du présent article, la question pourra être portée devant les parties contractantes. Ces dernières procéderont sans délai à une enquête au sujet de toute question dont elles seront ainsi saisies et, selon le cas, adresseront des recommandations aux parties contractantes qui, à leur avis, sont en cause, ou statueront sur la question. Les parties contractantes pourront, lorsqu'elles le jugeront nécessaire, consulter des parties contractantes, le Conseil économique et social des Nations Unies et toute autre organisation intergouvernementale compétente. Si elles considèrent que les circonstances sont suffisamment graves pour justifier une telle mesure, elles pourront autoriser une ou plusieurs parties contractantes à suspendre, à l'égard de telle autre ou telles autres parties contractantes, l'application de toute concession ou autre obligation résultant de l'Accord général dont elles estimeront la suspension justifiée, compte tenu des circonstances. Si une telle concession ou autre obligation est effectivement suspendue à l'égard d'une partie contractante, il sera loisible à ladite partie contractante, dans un délai de soixante jours à compter de la mise en application de cette suspension, de notifier par écrit au Secrétaire exécutif des parties contractantes son intention de dénoncer l'Accord général; cette dénonciation prendra effet à l'expiration d'un délai de soixante jours à compter de celui où le Secrétaire exécutif⁸⁸⁵ des parties contractantes aura reçu ladite notification».

Normes « spéciales »

GATT

Article II (4)

«Listes de concession

4. Si une partie contractante établit, maintient ou autorise, en droit ou en fait, un monopole à l'importation de l'un des produits repris dans la liste correspondante annexée au présent Accord, ce monopole n'aura pas pour effet, sauf disposition contraire figurant dans cette liste ou sauf si les parties qui ont primitivement négocié la concession en conviennent autrement, d'assurer une protection moyenne supérieure à celle qui est prévue dans cette liste. Les dispositions du présent paragraphe ne limiteront pas le recours des parties contractantes à toute forme d'assistance aux producteurs nationaux autorisée par d'autres dispositions du présent Accord ».

Article III (2) (4)

«Traitement national en manière d'imposition et de réglementation intérieures

⁸⁸⁵ Par Décision en date du 23 mars 1965, les Parties contractantes ont changé le titre du chef du secrétariat du GATT de Secrétaire exécutif en Directeur général.

2. Les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas frappés, directement ou indirectement, de taxes ou autres impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient, supérieures à celles qui frappent, directement ou indirectement, les produits nationaux similaires. En outre, aucune partie contractante n'appliquera, d'autre façon, de taxes ou autres impositions intérieures aux produits importés ou nationaux d'une manière contraire aux principes énoncés au paragraphe premier.

4. Les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale en ce qui concerne toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur. Les dispositions du présent paragraphe n'interdiront pas l'application de tarifs différents pour les transports intérieurs, fondés exclusivement sur l'utilisation économique des moyens de transport et non sur l'origine du produit ».

Article XI

«Élimination générale des restrictions quantitatives

1. Aucune partie contractante n'instituera ou ne maintiendra à l'importation d'un produit originaire du territoire d'une autre partie contractante, à l'exportation ou à la vente pour l'exportation d'un produit destiné au territoire d'une autre partie contractante, de prohibitions ou de restrictions autres que des droits de douane, taxes ou autres impositions, que l'application en soit faite au moyen de contingents, de licences d'importation ou d'exportation ou de tout autre procédé.

2. Les dispositions du paragraphe premier du présent article ne s'étendront pas aux cas suivants:

a) Prohibitions ou restrictions à l'exportation appliquées temporairement pour prévenir une situation critique due à une pénurie de produits alimentaires ou d'autres produits essentiels pour la partie contractante exportatrice, ou pour remédier à cette situation;

b) Prohibitions ou restrictions à l'importation ou à l'exportation, nécessaires pour l'application de normes ou réglementations concernant la classification, le contrôle de la qualité ou la commercialisation de produits destinés au commerce international;

c) Restrictions à l'importation de tout produit de l'agriculture ou des pêches, quelle que soit la forme sous laquelle ce produit est importé, quand elles sont nécessaires à l'application de mesures gouvernementales ayant pour effet

i) de restreindre la quantité du produit national similaire qui peut être mise en vente ou produite ou, à défaut de production nationale importante du produit similaire, celle d'un produit national auquel le produit importé peut être substitué directement;

ii) ou de résorber un excédent temporaire du produit national similaire ou, à défaut de production nationale importante du produit similaire, celui d'un produit national auquel le produit importé peut être substitué directement, en mettant cet excédent à la disposition de certains groupes de consommateurs du pays à titre gratuit ou à des prix inférieurs aux cours pratiqués sur le marché;

iii) ou de restreindre la quantité qui peut être produite de tout produit d'origine animale dont la production dépend directement, en totalité ou pour la plus grande partie, du produit importé, si la production nationale de ce dernier est relativement négligeable.

Toute partie contractante appliquant des restrictions à l'importation d'un produit conformément aux dispositions de l'alinéa c) du présent paragraphe publiera le total du volume ou de la valeur du produit dont l'importation sera autorisée pendant une période ultérieure déterminée ainsi que tout changement survenant dans ce volume ou cette valeur. De plus, les restrictions appliquées conformément au sous-alinéa i) ci-dessus ne devront pas avoir pour effet d'abaisser le rapport entre le total des importations et le total de la production nationale au-dessous de celui que l'on pourrait raisonnablement s'attendre à voir s'établir en l'absence de restrictions. En déterminant ce qu'il serait en l'absence de restrictions, la partie contractante tiendra dûment compte de la proportion ou du rapport qui existait au cours d'une période représentative antérieure et de tous facteurs spéciaux qui ont pu ou qui peuvent affecter le commerce du produit en cause ».

«Entreprises commerciales d'État

1. a) Chaque partie contractante s'engage à ce que, si elle fonde ou maintient une entreprise d'État, en quelque lieu que ce soit, ou si elle accorde à une entreprise, en droit ou en fait, des privilèges exclusifs ou spéciaux*, cette entreprise se conforme, dans ses achats ou ses ventes se traduisant par des importations ou des exportations, aux principes généraux de non-discrimination prescrit par le présent Accord pour les mesures d'ordre législatif ou administratif concernant les importations ou les exportations qui sont effectuées par des commerçants privés.

b) Les dispositions de l'alinéa a) du présent paragraphe devront être interprétées comme imposant à ces entreprises l'obligation, compte dûment tenu des autres dispositions du présent Accord, de ne procéder à des achats ou à des ventes de cette nature qu'en s'inspirant uniquement de considérations d'ordre commercial* telles que le prix, la qualité, les quantités disponibles, les qualités marchandes, les transports et autres conditions d'achat ou de vente, et comme imposant l'obligation d'offrir aux entreprises des autres parties contractantes des possibilités adéquates de participer à ces ventes ou à ces achats dans des conditions de libre concurrence et conformément aux usages commerciaux ordinaires.

c) Aucune partie contractante n'empêchera les entreprises (qu'il s'agisse ou non d'entreprises visées à l'alinéa a) du présent paragraphe) ressortissant à sa juridiction d'agir conformément aux principes énoncés aux alinéas a) et b) du présent paragraphe.

2. Les dispositions du paragraphe premier du présent article ne s'appliqueront pas aux importations de produits destinés à être immédiatement ou finalement consommés par les pouvoirs publics ou pour leur compte et non à être revendus ou à servir à la production de marchandises, en vue de la vente. En ce qui concerne ces importations, chaque partie contractante accordera un traitement équitable au commerce des autres parties contractantes.

3. Les parties contractantes reconnaissent que les entreprises du genre de celles qui sont définies à l'alinéa a) du paragraphe premier du présent article pourraient être utilisées de telle façon qu'il en résulterait de sérieuses entraves au commerce; c'est pourquoi il est important, pour assurer le développement du commerce international, d'engager des négociations sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels, afin de limiter ou de réduire ces entraves.

4. a) Les parties contractantes notifieront aux Parties contractantes les produits qui sont importés sur leurs territoires ou qui en sont exportés par des entreprises du genre de celles qui sont définies à l'alinéa a) du paragraphe premier du présent article.

b) Toute partie contractante qui établit, maintient ou autorise un monopole à l'importation d'un produit sur lequel il n'a pas été octroyé de concession au titre de l'article II devra, à la demande d'une autre partie contractante qui a un commerce substantiel de ce produit, faire connaître aux Parties contractantes la majoration du prix à l'importation dudit produit pendant une période représentative récente ou, lorsque cela n'est pas possible, le prix demandé à la revente de ce produit.

c) Les Parties contractantes pourront, à la demande d'une partie contractante qui a des raisons de croire que ses intérêts dans le cadre du présent Accord sont atteints par les opérations d'une entreprise du genre de celles qui sont définies à l'alinéa a) du paragraphe premier, inviter la partie contractante qui établit, maintient ou autorise une telle entreprise à fournir sur les opérations de ladite entreprise des renseignements concernant l'exécution du présent Accord.

d) Les dispositions du présent paragraphe n'obligeront pas une partie contractante à révéler des renseignements confidentiels dont la divulgation ferait obstacle à l'application des lois ou serait d'une autre manière contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises ».

OMC

L'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce

Section 8 : Contrôle des pratiques anticoncurrentielles dans les licences contractuelles

Article 40

« 1. Les Membres conviennent que certaines pratiques ou conditions en matière de concession de licences touchant aux droits de propriété intellectuelle qui limitent la concurrence peuvent avoir des effets préjudiciables sur les échanges et entraver le transfert et la diffusion de technologie.

2. Aucune disposition du présent accord n'empêchera les Membres de spécifier dans leur législation les pratiques ou conditions en matière de concession de licences qui pourront, dans des cas particuliers, constituer un usage abusif de droits de propriété intellectuelle ayant un effet préjudiciable sur la concurrence sur le marché considéré. Comme il est prévu ci-dessus, un Membre pourra adopter, en conformité avec les autres dispositions du présent accord, des mesures appropriées pour prévenir ou contrôler ces pratiques, qui peuvent comprendre, par exemple, des clauses de rétrocession exclusives, des conditions empêchant la contestation de la validité et un régime coercitif de licences groupées, à la lumière des lois et réglementations pertinentes dudit Membre.

3. Si demande lui en est faite, chaque Membre se prêtera à des consultations avec tout autre Membre qui a des raisons de croire qu'un titulaire de droit de propriété intellectuelle ressortissant du Membre auquel la demande de consultations a été adressée, ou domicilié dans ce Membre, se livre à des pratiques en violation des lois et réglementations du Membre qui a présenté la demande relatives à l'objet de la présente section, et qui désire assurer le respect de cette législation, sans préjudice de toute action que l'un ou l'autre Membre pourrait engager conformément à la loi et de son entière liberté de prendre une décision définitive. Le Membre à qui la demande a été adressée l'examinera de manière approfondie et avec compréhension et ménagera des possibilités adéquates de consultation au Membre qui l'a présentée; il coopérera en fournissant les renseignements non confidentiels à la disposition du public qui présentent un intérêt en l'espèce et les autres renseignements dont il dispose, sous réserve de la législation intérieure et de la conclusion d'accords mutuellement satisfaisants concernant le respect du caractère confidentiel de ces renseignements par le Membre qui a présenté la demande.

4. Si des ressortissants d'un Membre ou des personnes domiciliées dans ce Membre font l'objet dans un autre Membre de procédures concernant une violation alléguée des lois et réglementations de cet autre Membre relatives à l'objet de la présente section, le Membre en question se verra accorder par l'autre Membre, s'il en fait la demande, la possibilité d'engager des consultations dans les mêmes conditions que celles qui sont prévues au paragraphe 3 ».

L'accord sur les marchés publics

Article I

« Le présent accord s'applique à toute loi, tout règlement, ainsi qu'à toute procédure ou pratique concernant tout marché passé par les entités visées par le présent accord, telles qu'elles spécifiées à l'Appendice I.

Pour chaque Partie à l'Accord l'Appendice I est divisé en cinq Annexes : l'Annexe 1 contient la liste des entités du gouvernement central ; l'Annexe 2 contient la liste des entités des gouvernements sous-centraux ; l'Annexe 3 contient la liste de toutes les autres entités qui passent des marchés conformément aux dispositions du présent accord ; l'Annexe 4 spécifie les services, que la liste en soit positive ou négative, qui sont visés par le présent accord ; l'Annexe 5 spécifie les services de construction visés »

Article VI (4)

« Spécifications techniques

Les entités ne solliciteront ni n'accepteront, d'une manière qui aurait pour effet d'empêcher la concurrence, un avis pouvant être utilisé pour l'établissement des spécifications relatives à un marché déterminé, de la part d'une société qui pourrait avoir un intérêt commercial dans le marché ».

Article VII (2)

« Procédure de passation des marchés

Les entités ne devront pas donner à un fournisseur des informations concernant un marché déterminé d'une manière qui aurait pour effet d'empêcher la concurrence ».

Article X (1)

« Procédures de sélection de fournisseurs

Afin de garantir une concurrence internationale effective optimale dans le cas des procédures d'appel d'offres sélectives, les entités, pour chaque marché envisagé, inviteront à soumissionner le plus grand nombre de fournisseurs nationaux et des fournisseur des autres Parties, compatible avec le fonctionnement efficace du mécanisme de passation des marchés ».

Article XV (1)

«Appel d'offre limité

Les dispositions des articles VII à XIV, qui s'appliquent aux procédures d'appel d'offres ouvertes ou sélectives, ne seront pas nécessairement applicables dans les circonstances définies ci-après, à la condition que l'appel d'offres limité ne soit pas utilisé en vue de ramener la concurrence en deçà du maximum possible, ou d'une manière qui constituerait un moyen de discrimination entre les fournisseurs des autres Parties ou de protection des producteurs ou des fournisseurs nationaux :

- a) lorsque aucune soumission n'aura été déposée en réponse à un appel d'offres fait selon une procédure ouverte ou sélective, ou lorsque les soumission déposée auront été concertées ou ne seront pas en conformité avec les conditions essentielles de l'appel d'offres, ou émaneront de fournisseurs ne remplissant pas les conditions de participation prévues conformément au présent accord, pour autant toutefois que les conditions de l'appel d'offres initial ne soient pas substantiellement modifiées pour le marché qui sera adjudgé;
- b) lorsque, du fait qu'il s'agit de travaux d'art ou pour des raisons liées à la protection de droits exclusifs, tels que des droits de brevet ou de reproduction, ou en l'absence de concurrence pour des raisons techniques, les produits ou services ne pourront être fournis par un fournisseur particulier et qu'il n'existera aucun produit ou service de rechange ou de remplacement raisonnablement satisfaisant ;
- c) pour autant que cela strictement nécessaire lorsque, pour des raisons d'extrême urgence dues à des événements qui ne pouvaient être prévus par l'entité, les procédures ouvertes ou sélectives ne permettraient pas d'obtenir les produits ou services en temps voulu ;
- d) lorsqu'il s'agira de livraisons additionnelles à assurer par le fournisseur initial et portant sur des pièces de rechange pour des fournitures déjà faites ou des installations déjà livrées, ou destinées à compléter ces fournitures, services ou installations, et qu'un changement de fournisseur aboutirait à la livraison de matériel ou de services ne répondant pas à des conditions d'interchangeabilité avec un matériel ou service déjà existant (il est entendu que le « matériel existant » comprend les logiciels dans la mesure où le marché de logiciels était couvert par l'Accord);
- e) lorsqu'une entité passera un marché pour se procurer des prototypes ou un produit ou se procurer des prototypes ou un produit ou service nouveau mis au point à sa demande au cours de l'exécution d'un contrat particulier de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement original, et pour le besoin de ce contrat. Une fois que de tels contrats auront été exécutés, les marchés ultérieurs de produits ou de services seront assujettis aux dispositions des articles VII à XIV (le développement original d'un produit ou service nouveau peut englober une production ou une fourniture limitée ayant pour le but d'incorporer les résultats d'essais sur le terrain et de démontrer que le produit ou service se prête à une production ou à une fourniture en quantités conformément à des normes de qualité acceptables. Il ne comprend pas la production ou la fourniture en quantités visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les frais de recherche et de développement) ;
- f) lorsque des services de construction additionnels qui n'étaient pas inclus dans le marché initial mais qui correspondaient aux objectifs de la documentation relative à l'appel d'offres initial sont, à la suite de circonstances imprévisibles, devenus nécessaires pour achever la fourniture des services de construction décrit dans ledit marché, et lorsque l'entité doit adjudger des marchés portant sur les services de construction additionnels à l'entrepreneur fournissant les services de construction concernés parce que séparer les services de construction additionnels du marché initial lui causerait des difficultés pour des raisons techniques ou économiques ou la gênerait notablement. Toutefois, la valeur totale des marchés adjudgés pour les services de construction additionnels ne pourra pas dépasser 50 pour cent du montant du marché principal ;
- g) pour de nouveaux services de construction consistait en la répétition de service de construction analogues qui sont conformes à un projet de base pour lequel un marché initial a été adjudgé conformément aux articles VII à XIV et pour lequel l'entité a indiqué dans l'avis de marché envisagé concernant le service de construction initial que la procédure d'appel d'offres limité pourra être utilisée aux fins de l'adjudication des marchés pour ces nouveaux services de construction ;
- h) pour des produits achetés sur un marché de produit de base ;
- i) pour des achats effectués dans des conditions exceptionnellement avantageuses qui ne se présentent qu'à très court terme. La présente disposition vise à couvrir l'écoulement inhabituel de produits par des entreprises qui ne sont normalement pas fournisseurs, ou la cession d'avoirs d'entreprises en liquidation ou

administration judiciaire. Elle n'est pas censée couvrir les achats courant effectués auprès de fournisseurs ordinaires ;

j) dans le cas de marchés adjugés au lauréat d'un concours, à condition que le concours ait été organisé d'une manière conforme aux principes du présent accord, notamment en ce qui concerne la publication, au sens de l'article IX, d'une invitation, adressée aux fournisseurs dûment qualifiés, à participer à un tel concours, qui sera jugé par un jury indépendant, en vue de l'adjudication de marchés aux lauréats.

1. Les entités dresseront procès-verbal de chaque marché adjugé conformément aux dispositions du paragraphe 1. Chaque procès-verbal mentionnera le nom de l'entité contractante, la valeur et la nature des marchandises ou des services faisant l'objet du marché, ainsi que leur pays d'origine, et contiendra un exposé indiquant celles des circonstances visées au présent article dans lesquelles le marché a été adjugé. Ce procès-verbal restera entre les mains de l'entité concernée et à la disposition des autorités publiques dont elle, pour être utilisé si besoin est pour les procédures prévues aux articles XVIII, XIX, XX et XXII ».

Article XVII

« Transparence »

1. Chaque partie encouragera les entités à indiquer les modalités et conditions, y compris toute différence par rapport aux procédures d'appel d'offres avec mise en concurrence ou aux possibilités de recours aux procédures de contestation, suivant lesquelles des soumissions seront admises de la part des fournisseurs situés dans les pays qui ne sont pas Parties au présent accord mais qui néanmoins, en vue de rendre transparents leurs propres adjudications de marchés :

- a) donnent des spécifications pour leurs marchés conformément à l'article VI (spécifications techniques) ;
- b) font paraître les avis de marchés visés à l'article IX, y compris, dans la version de l'avis mentionné au paragraphe 8 de l'article IX (résumé de l'avis de marché envisagé) qui est publié dans une langue officielle de l'OMC, une indication des modalités et conditions suivant lesquelles des soumissions seront admises de la part des fournisseurs situés dans des pays Parties au présent accord ;
- c) sont disposés à faire en sorte que leur règlement en matière de passation des marchés ne soient normalement pas modifiés au cours de la passation d'un marché et, dans le cas où une telle modification s'avère inévitable, à faire en sorte qu'il existe un moyen de réparation satisfaisant.

2. Les gouvernements qui ne sont pas Parties à l'Accord et qui respectent les conditions énoncées aux paragraphes 1 a) à 1 c) auront le droit, s'ils en informent les Parties, de participer aux réunions du Comité en qualité d'observateurs ».

Article XVIII

« Information et examen concernant les obligations des entités »

1. Les entités feront paraître un avis dans la publication appropriée indiquée à l'Appendice II 72 jours plus au plus tard après l'adjudication de chaque marché au titre des articles XIII à XV. Ces avis contiendront les renseignements suivants :

- a) nature et quantité des produits ou services faisant l'objet de l'adjudication ;
- b) nom et adresse de l'entité passant le marché ;
- c) date de l'adjudication ;
- d) valeur de l'adjudication ou de l'offre la plus élevée et la plus basse dont il a été tenu compte dans l'adjudication du marché ;
- e) dans le cas où cela sera approprié, moyen d'identifier l'avis publié conformément au paragraphe 1 de l'article IX ou justification, conformément à l'article XV, du recours à cette procédure ; et
- f) type de procédure utilisé.

1. Chaque entité, à la demande d'un fournisseur d'une Partie, communiquera dans les moindres délais :

- a) des explications sur ses pratiques et procédures en matière de passation des marchés ;
- b) des renseignements pertinents concernant les raisons pour lesquelles sa soumission n'a pas été retenue et les caractéristiques et avantages relatifs de la soumission retenue, ainsi que le nom de l'adjudicataire.

2. Les entités informeront dans les moindres délais les fournisseurs participants des décisions prises concernant l'adjudication du marché, et par écrit si demande leur en est faite.

3. Toutefois, les entités pourront décider que certains renseignements concernant l'adjudication du marché, mentionnés aux paragraphes 1) et 2) c), ne seront pas communiqués dans le cas où leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait autrement contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre fournisseurs ».

Article XIX (2) 84)

« Information et examen concernant les obligations des Parties »

2. Le gouvernement d'un soumissionnaire non retenu qui est Partie au présent accord pourra, sans préjudice des dispositions de l'article XXII, demander les renseignements additionnels qui pourront être nécessaires sur la passation du marché pour s'assurer qu'elle a été effectuée dans des conditions d'équité et d'impartialité. À cet effet, l'autorité publique contractante fournira des renseignements sur les caractéristiques et les avantages relatifs de la soumission retenue et sur le prix d'adjudication.

Normalement, ce dernier renseignement pourra être divulgué par le gouvernement du soumissionnaire non retenu à la condition qu'il use de ce droit avec discrétion. Au cas où cette divulgation serait de nature à nuire à la concurrence lors d'appels d'offres ultérieurs, ce renseignement ne sera divulgué qu'après consultation et avec l'accord de la Partie qui l'aura communiqué au gouvernement du soumissionnaire non retenu ».

4. Les renseignements confidentiels fournis à une Partie, dont la divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait autrement contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre fournisseurs, ne seront pas divulgués sans l'autorisation formelle de la Partie qui les aura fournis ».

Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce

Article 5 (5)

« Notifications et arrangements transitoires »

5. Nonobstant les dispositions de l'article 2, un Membre, afin de ne pas désavantager des entreprises établies qui font l'objet d'une MIC notifiée conformément au paragraphe 1, pourra appliquer pendant la période de transition la même MIC à un nouvel investissement *i)* dans le cas où les produits visés par cet investissement sont similaires à ceux des entreprises établies, et *ii)* dans les cas où cela est nécessaire pour éviter de fausser les conditions de concurrence entre le nouvel investissement et les entreprises établies. Toute MIC ainsi appliqué à un nouvel investissement sera notifié au Conseil du commerce des marchandises. Cette MIC aura des modalités équivalentes, dans leur effet sur la concurrence, à celles qui sont applicables aux entreprises établies, et y sera mis fin en même temps ».

Article 9

« Examen par le Conseil du commerce des marchandises »

Au plus tard cinq ans après la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC, le Conseil du commerce des marchandises examinera le fonctionnement du présent accord et, selon qu'il sera approprié, propose à la Conférence ministérielle des amendements au texte dudit accord. Au cours de cet examen, le Conseil du commerce des marchandises déterminera s'il convient de compléter l'accord par des dispositions relatives à la politique en matière d'investissement et la politique en matière de concurrence ».

L'Accord général sur le commerce des services

Article VIII

« Monopoles et fournisseurs exclusifs de services »

1. Chaque Membre fera en sorte que tout fournisseur monopolistique d'un service sur son territoire n'agisse pas, lorsqu'il fournit un service monopolistique sur le marché considéré, d'une manière incompatible avec les obligations du Membre au titre de l'article II et ses engagements spécifiques.

2. Dans les cas où tout fournisseur monopolistique d'un Membre entrera en concurrence, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une société affiliée, pour la fourniture d'un service se situant hors du champ de ses droits monopolistiques et faisant l'objet d'engagements spécifiques de la part dudit Membre, le Membre fera en sorte que ce fournisseur n'abuse pas de sa position monopolistique pour agir sur son territoire d'une manière incompatible avec ces engagements.

3. Le Conseil du commerce des services pourra, à la demande d'un Membre qui a des raisons de croire qu'un fournisseur monopolistique d'un service de tout autre Membre agit d'une manière incompatible avec les paragraphes 1 ou 2, inviter le Membre qui établit, maintient ou autorise un tel fournisseur à fournir des renseignements spécifiques concernant les opérations pertinentes.

4. Si, après la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC, un Membre accorde des droits monopolistiques en ce qui concerne la fourniture d'un service visé par ses engagements spécifiques, ledit Membre le notifiera au Conseil du commerce des services trois mois au moins avant la date prévue pour l'octroi effectif de droits monopolistiques, et les dispositions des paragraphes 2, 3 et 4 de l'article XXI seront d'application.

5. Les dispositions du présent article s'appliqueront également, s'agissant des fournisseurs exclusifs de services, aux cas dans lesquels, en droit ou en fait, un Membre a) autorise ou établit un petit nombre de fournisseurs de services et b) empêche substantiellement la concurrence entre ces fournisseurs sur son territoire ».

Article IX

« Pratiques commerciales »

1. Les Membres reconnaissent que certaines pratiques commerciales des fournisseurs de services, autres que celles qui relèvent de l'article VIII, peuvent limiter la concurrence et par là restreindre le commerce des services.

2. Chaque Membre se prêtera, à la demande de tout autre Membre, à des consultations en vue d'éliminer les pratiques visées au paragraphe 1. Le Membre auquel la demande sera adressée l'examinera de manière approfondie et avec compréhension et coopérera en fournissant les renseignements non confidentiels à la disposition du public qui présentent un intérêt en l'espèce. Il fournira également au Membre qui a présenté la demande d'autres renseignements disponibles, sous réserve de sa législation intérieure et de la conclusion d'un accord satisfaisant concernant le respect du caractère confidentiel de ces renseignements par le Membre qui a présenté la demande ».

Article XVI

« Accès aux marchés »

1. En ce qui concerne l'accès aux marchés suivant les modes de fourniture identifiés à l'article premier, chaque Membre accordera aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui qui est prévu en application des modalités, limitations et conditions convenues et spécifiées dans sa Liste.⁸⁸⁶

2. Dans les secteurs où des engagements en matière d'accès aux marchés seront contractés, les mesures qu'un Membre ne maintiendra pas, ni n'adoptera, que ce soit au niveau d'une subdivision régionale ou au niveau de l'ensemble de son territoire, à moins qu'il ne soit spécifié autrement dans sa Liste, se définissent comme suit:

- a) limitations concernant le nombre de fournisseurs de services, que ce soit sous forme de contingents numériques, de monopoles, de fournisseurs exclusifs de services ou de l'exigence d'un examen des besoins économiques;
- b) limitations concernant la valeur totale des transactions ou avoirs en rapport avec les services, sous forme de contingents numériques ou de l'exigence d'un examen des besoins économiques;
- c) limitations concernant le nombre total d'opérations de services ou la quantité totale de services produits, exprimées en unités numériques déterminées, sous forme de contingents ou de l'exigence d'un examen des besoins économiques⁸⁸⁷;
- d) limitations concernant le nombre total de personnes physiques qui peuvent être employées dans un secteur de services particulier, ou qu'un fournisseur de services peut employer et qui sont nécessaires pour la fourniture d'un service spécifique, et s'en occupent directement, sous forme de contingents numériques ou de l'exigence d'un examen des besoins économiques;
- e) mesures qui restreignent ou prescrivent des types spécifiques d'entité juridique ou de coentreprise par l'intermédiaire desquels un fournisseur de services peut fournir un service; et

⁸⁸⁶ Si un Membre contracte un engagement en matière d'accès aux marchés en relation avec la fourniture d'un service suivant le mode de fourniture visé à l'alinéa 2 a) de l'article premier et si le mouvement transfrontières de capitaux constitue une partie essentielle du service lui-même, ledit Membre s'engage par là à permettre ce mouvement de capitaux. Si un Membre contracte un engagement en matière d'accès aux marchés en relation avec la fourniture d'un service suivant le mode de fourniture visé à l'alinéa 2 c) de l'article premier, il s'engage par là à permettre les transferts de capitaux connexes vers son territoire.

⁸⁸⁷ L'alinéa 2 c) ne couvre pas les mesures d'un Membre qui limitent les intrants servant à la fourniture de services.

f) limitations concernant la participation de capital étranger, exprimées sous forme d'une limite maximale en pourcentage de la détention d'actions par des étrangers, ou concernant la valeur totale d'investissements étrangers particuliers ou des investissements étrangers globaux ».

Accord relatif au commerce des aéronefs civils

Article 4 (3)

« Marchés passés sur instruction des pouvoirs publics, contrats obligatoires de sous-traitance et incitations

3. Les signataires sont convenus que l'achat des produits visés par le présent accord ne devrait être régi que par des considérations de concurrence en matière de prix, de qualité et de délais de livraison. S'agissant de l'approbation ou de l'adjudication de marchés portant sur des produits visés par le présent accord, tout signataire pourra toutefois exiger que ses entreprises qualifiées soient admises à concourir sur une base compétitive à des conditions non moins favorables que celle dont bénéficient les entreprises qualifiées soient admises à concourir sur une base compétitive et à des conditions non moins favorables que celles dont bénéficient les entreprises qualifiées d'autres signatures⁸⁸⁸ ».

Article 5 (2)

« Restrictions au commerce

Les signataires n'appliqueront aucune restriction quantitative ni système de licences d'exportation, ni autre prescription similaire, qui restreindrait, pour des raisons de commerce ou de concurrence, l'exportation d'aéronefs civils à destination d'autres signataires d'une manière incompatible avec les dispositions applicables de l'Accord général ».

⁸⁸⁸ L'utilisation de la formule « admises à concourir... à des conditions non moins favorables... » ne signifie pas que les entreprises qualifiées d'un signataire ont le droit d'obtenir des marchés d'un montant similaire à celui des adjudications aux entreprises qualifiées d'un autre signataire.

ANNEXE 5 au Chapitre « Les relations entre les normes du droit de l'OMC et le droit européen de la concurrence ».

Tableau « Le développement de la jurisprudence de la Cour et du Tribunal sur l'invocabilité des normes du droit de l'OMC ».

1972	International Fruit	Une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation dudit article 177 et, le cas échéant, sur la compatibilité de certains règlements de la Commission avec l'article XI de l'Accord GATT	<p>Pour que l'incompatibilité d'un acte communautaire avec une disposition de droit international puisse affecter la validité de cet acte, la Communauté doit d'abord être liée par cette disposition. (p. 7)</p> <p>Dans le cas où l'invalidité est invoquée devant une juridiction, il faut en outre que cette disposition soit de nature à engendrer pour les justiciables de la Communauté le droit de s'en prévaloir en justice. (p. 8)</p> <p>Au moment de conclure le Traité instituant la Communauté économique européenne, les États membres étaient liés par les engagements de l'Accord général. (p.10)</p> <p>À partir de la mise en place du tarif extérieur commun (...) la Communauté est apparue comme partenaire des négociations tarifaires et comme partie aux accords de toute ordre conclus dans le cadre de l'Accord général. (...) La Communauté a assumé des compétences précédemment exercées par les États membres dans le domaine de l'application de l'Accord général, les dispositions de cet Accord ont pour effet de lier la Communauté. (pp. 16, 17, 18).</p> <p>Accord général, fondé, aux termes de son préambule, sur le principe de négociations entreprises sur « une base de réciprocité et d'avantage mutuels », est caractérisé par la grande souplesse de ses dispositions, notamment de celles qui concernent les possibilités de dérogation, les mesures pouvant être prisés en présence de difficultés exceptionnelles et le règlement des différends entre les parties contractantes. (p.21)</p> <p>Placé dans un tel contexte, l'article XI de l'Accord général n'est pas de nature à engendrer, pour les justiciables de la Communauté, le droit de s'en prévaloir en justice. (p. 27)</p> <p>La validité des règlements de la Commission ne saurait être affectée par l'article XI de l'Accord général. (p.28)</p>
1989	Fediol	Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol) contre Commission CE ayant pour objet un recours visant à l'annulation de la décision de la Commission portant rejet d'une demande d'ouverture d'une procédure d'examen des pratiques commerciales illicites de l'Argentine en matière d'exportation de tourteaux de soja vers la Communauté.	<p>De ce que diverses dispositions de l' Accord général ne sont pas de nature à engendrer, pour les justiciables de la Communauté, le droit de s' en prévaloir en justice, on ne saurait déduire que ces derniers ne peuvent pas invoquer devant la Cour les dispositions de l' Accord général, afin de faire vérifier si un comportement dénoncé dans une plainte introduite en vertu de l' article 3 du règlement</p>
1991	Nakajima	Nakajima All Precision Co. Ltd, société de droit japonais, établie à Tokyo contre Conseil CE ayant pour objet, d'une part, l'inapplicabilité à l'égard du requérant certaines articles du règlement du Conseil relatif à la défense contre les importations qui font objet d'un dumping ou de subventions de la part de pays	<p>bâ 2641/84 (règlement en cause), constatée de l'exception d'illégalité, il résulte par l'acte de 184 de l'anné CEE, la validité des dispositions de l'Accord général n'empêche pas les règles d'interprétation internationale que les l'envoies de l'article 2 de paragraphes 1 et 2 de l'anné 1978 dans le cadre du GATT pour les conflits en la combinaison des deuxième et quatrième considérants de ce</p>

[illegible]

2000	Dior	<p>Une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation de l'article 50 de l'accord sur l'ADPIC, qui figure en annexe 1 C à l'accord instituant l'OMC, approuvé au nom de la Communauté, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, par la décision 94/800/CE du Conseil, du 22 décembre 1994.</p>	<p>La Cour, saisie conformément aux dispositions du traité, et notamment de l'article 234 CE, est compétente pour interpréter l'article 50 de l'Accord sur ADPIC (TRIPS), qui figure en annexe 1 C à l'accord instituant l'OMC, approuvé au nom de la Communauté, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, dans la décision du Conseil, dès lors que les autorités judiciaires des États membres sont appelées à ordonner des mesures provisoires pour la protection de droits de propriété intellectuelle relevant du champ d'application de l'accord TRIPS. (p. 40, disp. 1)</p> <p>Les dispositions de l' l'Accord sur ADPIC, qui figure en annexe à l'accord instituant l'OMC, ne sont pas de nature à créer pour les particuliers des droits dont ceux-ci peuvent se prévaloir directement devant le juge en vertu du droit communautaire.</p> <p>Toutefois, s'agissant d'un domaine auquel l'accord TRIPS s'applique et dans lequel la Communauté a déjà légiféré, les autorités judiciaires des États membres sont tenues en vertu du droit communautaire, lorsqu'elles sont appelées à appliquer leurs règles nationales en vue d'ordonner des mesures provisoires pour la protection des droits relevant d'un tel domaine, de le faire dans la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de l'article 50 de l'accord TRIPS.</p> <p>S'agissant d'un domaine dans lequel la Communauté n'a pas encore légiféré et qui, par conséquent, relève de la compétence des États membres, la protection des droits de propriété intellectuelle et les mesures prises à cette fin par les autorités judiciaires ne relèvent pas du droit communautaire. Dès lors, le droit communautaire ne commande ni n'exclut que l'ordre juridique d'un État membre reconnaisse aux particuliers le droit de se fonder directement sur la norme prévue par l'article 50, paragraphe 6, de l'accord TRIPS ou qu'il impose au juge l'obligation de l'appliquer d'office. (pp. 44, 49, disp. 2)</p> <p>L'article 50 de l'Accord sur ADPIC laisse aux parties contractantes, dans le cadre de leurs propres systèmes juridiques, le soin de préciser si le droit d'agir en justice en vertu des</p>
------	------	---	--

ANNEXE 6 au Chapitre « Les relations entre les normes du droit de l'OMC touchant à la concurrence et le droit européen de la concurrence ».

Tableau « Le développement de la jurisprudence de la Cour de Justice et du Tribunal sur l'effet direct des normes du droit de l'OMC ».

1972	International Fruit	Une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation dudit article 177 et, le cas échéant, sur la compatibilité de certains règlements de la Commission avec l'article XI de l'Accord GATT.	Dans toute la mesure ou, en vertu du traité CEE, la Communauté a assumé des compétences précédemment exercées par les États membres dans le domaine d'application de GATT, les dispositions de cet accord ont pour effet de lier la Communauté. (p.18) L'article XI de GATT n'est pas de nature à engendrer, pour les justiciables de la Communauté, le droit de s'en prévaloir en justice. Des lors, la validité des règlements en cause ne saurait être affectée par cet article. (p.27, 28).
1991	Nakajima	Nakajima All Precision Co. Ltd, société de droit japonais, établie à Tokyo contre Conseil CE ayant pour objet, d'une part, l'inapplicabilité à l'égard du requérant certaines articles du règlement du Conseil relatif à la défense contre les importations qui font objet d'un dumping ou de subventions de la part de pays non membres de la CEE ; et d'autre part, l'annulation le règlement du Conseil instituant un droit antidumping définitif sur les importations d'imprimantes matricielles à impact originaires du Japon, dans la mesure où ce règlement concerne la requérante.	La possibilité de mettre en cause, par la voie de l'exception d'illégalité, prévue par l'art. 184 TCE, la validité du règlement antidumping de base, pour contrariété avec un accord international, en l'occurrence le code antidumping élaboré en 1979 dans le cadre du GATT pour assurer la mise en œuvre de l'article VI de celui-ci, ne présuppose pas la production d'effet direct par ledit accord. Elle existe du seul fait que cet accord lie la CE et qu'il est constant qu'en arrêtant le règlement critiqué la CE a entendu satisfaire à ses obligations internationales. (p.28-31).
1994	Allemagne contre Conseil	République fédérale d'Allemagne contre Conseil de l'UE ayant pour objet une demande d'annulation du titre IV et de l'article 21, paragraphe 2, du règlement (CEE) n 404/93 du Conseil, du 13 février 1993, portant organisation commune des marchés dans le secteur de la banane (JO L 47, p. 1).	L'Allemagne soutient que le respect des règles du GATT conditionne la légalité des actes communautaires, abstraction faite de toute question relative à l'effet direct de l'Accord général, et que le règlement contrevient à certaines dispositions fondamentales de cet accord. (p.103) Le Conseil, soutenu en particulier par la Commission, réplique qu'au regard de sa nature particulière le GATT ne saurait être invoqué pour contester la légalité d'un acte communautaire, sauf dans le cas spécifique où les dispositions communautaires ont été adoptées pour mettre en œuvre des obligations contractées dans le cadre du GATT. (p.104) Pour décider si la requérante peut invoquer certaines dispositions du GATT afin de contester la légalité du règlement, il convient de rappeler que la Cour a reconnu que les dispositions de l'Accord général ont pour effet de lier la Communauté. Elle a toutefois également admis qu'en vue d'apprécier la portée du GATT dans l'ordre juridique communautaire, il convient

		<p>d'envisager à la fois l'esprit, l'économie et les termes de l'Accord général. (p.105)</p> <p>A cet égard, la Cour a constaté dans une jurisprudence constante que le GATT, fondé, aux termes de son préambule, sur le principe de négociations entreprises sur "une base de réciprocité et d'avantages mutuels", est caractérisé par la grande souplesse de ses dispositions, notamment de celles qui concernent les possibilités de dérogation, les mesures pouvant être prises en présence de difficultés exceptionnelles et le règlement des différends entre les parties contractantes. (p.106)</p> <p>La Cour a reconnu que ces mesures englobent, pour le règlement des différends, selon le cas, des représentations ou propositions écrites à "examiner avec compréhension", des enquêtes éventuellement suivies de recommandations, de consultations ou de décisions des parties contractantes, y compris celle d'autoriser certaines parties contractantes à suspendre, à l'égard d'autres, l'application de toute concession ou autre obligation résultant de l'Accord général, et enfin, dans le cas d'une telle suspension, la faculté de la partie concernée de dénoncer cet accord. (p.107)</p> <p>Elle a noté que, pour le cas où, du fait d'un engagement assumé en vertu de l'Accord général ou d'une concession relative à une préférence, certains producteurs subissent ou risquent de subir un préjudice grave, l'article XIX prévoit la faculté pour une partie contractante de suspendre unilatéralement l'engagement ainsi que de retirer ou de modifier la concession, soit après consultation de la collectivité des parties contractantes et à défaut d'accord entre les parties contractantes intéressées, soit même, s'il y a urgence et à titre provisoire, sans consultation préalable (voir arrêts du 12 décembre 1972, <i>International Fruit Company</i>, 21/72 à 24/72, Rec. p. 1219, points 21, 25 et 26, du 24 octobre 1973, <i>Schlueter</i>, 9/73, Rec. p. 1135, point 29, du 16 mars 1983, <i>SIOT</i>, 266/81, Rec. p. 731, point 28, <i>SPI</i> et <i>SAMI</i>, 267/81, 268/81 et 269/81, Rec. p. 801, point 23). (p.108).</p> <p>Ces particularités de l'Accord général, relevées par la Cour pour constater qu'un justiciable de la Communauté ne peut pas s'en prévaloir en justice afin de contester la légalité d'un acte communautaire, s'opposent également à ce que la Cour prenne en considération les dispositions de l'Accord général pour apprécier la légalité d'un règlement dans le cadre d'un recours introduit par un État membre au titre de l'article 173, premier alinéa, du traité. (p.109).</p> <p>En effet, les différentes particularités relevées ci-dessus font apparaître que les règles de l'Accord général sont dépourvues de caractère</p>
--	--	--

			<p>inconditionnel et que l' obligation de leur reconnaître valeur de règles de droit international immédiatement applicables dans les ordres juridiques internes des parties contractantes ne peut pas être fondée sur l'esprit, l' économie ou les termes de l'Accord. (p.110)</p> <p>En l'absence d' une telle obligation découlant de l'Accord lui-même, ce n'est que dans l'hypothèse où la Communauté a entendu donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre du GATT ou dans celle où l'acte communautaire renvoie expressément à des dispositions précises de l' Accord général, qu' il appartient à la Cour de contrôler la légalité de l'acte communautaire en cause au regard des règles du GATT (voir arrêts du 22 juin 1989, Fediol, 70/87, Rec. p. 1781, et du 7 mai 1991, Nakajima/Conseil, C-69/89, Rec. p. I-2069). (p.111)</p> <p>Il résulte des développements qui précèdent que l'Allemagne ne saurait invoquer les dispositions du GATT pour contester la légalité de certaines dispositions du règlement. (p.112).</p>
1998	Hermès	<p>Une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation de l'article 50, paragraphe 6, de l'accord sur l'ADPIC (TRIPs), qui figure en annexe 1 C de l'accord instituant l'OMC, approuvé au nom de la Communauté, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, dans la décision 94/800/CE du Conseil, du 22 décembre 1994.</p>	<p>A titre liminaire, il convient de souligner que, même si des arguments ont été échangés sur la question de l'effet direct de l'article 50 de l'accord TRIPs, la Cour n'est pas appelée à statuer sur cette question, mais seulement à répondre à la question d'interprétation qui lui a été soumise par la juridiction nationale, pour que cette dernière soit en mesure d'interpréter les règles de procédure néerlandaises à la lumière des dispositions dudit article. (p.359).</p>
1999	Portugal contre Conseil	<p>République portugaise contre Conseil de l'UE ayant pour objet l'annulation de la décision du Conseil relative à la conclusion des mémorandums d'accord entre la CE et Pakistan et entre la CE et l'Inde concernant des arrangements dans le domaine de l'accès au marché des produits textiles.</p>	<p>En effet, s'il est vrai que la Cour a jugé, dans l'arrêt du 5 octobre 1994, Allemagne/Conseil (C-280/93, Rec. p. I-4973, points 103 à 112), que les règles du GATT n'ont pas d'effet direct et que les particuliers ne peuvent s'en prévaloir devant les organes juridictionnels, il n'en demeure pas moins que, dans ce même arrêt, elle a affirmé qu'il en va autrement lorsque l'adoption des mesures donnant exécution à des obligations assumées dans le cadre du GATT est en cause, ou lorsqu'un acte communautaire renvoie expressément à des dispositions précises de l'accord général. Dans ces cas, ainsi que la Cour l'a jugé au point 111 de cet arrêt, il appartient à cette dernière de contrôler la légalité de l'acte communautaire à la lumière des règles du GATT. (p.27)</p> <p>Or, selon le gouvernement portugais, il en va précisément ainsi dans le cas d'espèce, qui porte sur l'adoption d'un acte - la décision attaquée - qui approuve les mémorandums d'accord négociés avec l'Inde et le Pakistan à la suite de la</p>

			<p>conclusion du cycle de l'Uruguay, spécialement aux fins de l'application des règles figurant dans le GATT de 1994 et dans l'ATV. (p.28)</p> <p>Le Conseil, soutenu par la République française et par la Commission, invoque, en revanche, les caractéristiques particulières des accords OMC qui justifient, selon eux, que soit appliquée à ces accords la jurisprudence de la Cour relative à l'absence d'effet direct et à la non-invocabilité en principe des dispositions du GATT de 1947. (p.29)</p> <p>Ils font valoir qu'il découle du caractère particulier de la décision attaquée que celle-ci n'est pas analogue aux réglementations en cause dans les arrêts du 22 juin 1989, Fediol/Commission (70/87, Rec. p. 1781), et du 7 mai 1991, Nakajima/Conseil (C-69/89, Rec. p. I-2069). En effet, elle ne constituerait pas une réglementation communautaire en matière commerciale visant à «transposer» en droit communautaire des dispositions de l'ATV. (p.30)</p> <p>Le gouvernement portugais rétorque que ce n'est pas le GATT de 1947 qui est en cause dans la présente affaire, mais les accords OMC, parmi lesquels figurent le GATT de 1994, l'ATV et l'accord sur les procédures de licences d'importation. Or les accords OMC présentent des différences significatives par rapport au GATT de 1947, notamment en ce qu'ils introduisent une profonde transformation dans le système de règlement des litiges. (p.31)</p> <p>En outre, la présente affaire ne soulève pas, selon lui, le problème de l'effet direct, mais concerne la question de savoir dans quelles circonstances un État membre peut invoquer devant la Cour les accords OMC aux fins d'apprécier la légalité d'un acte du Conseil. (p.32)</p>
2000	Dior	<p>Une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation de l'article 50 de l'accord sur l'ADPIC, qui figure en annexe 1 C à l'accord instituant l'OMC, approuvé au nom de la Communauté, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, par la décision 94/800/CE du Conseil, du 22 décembre 1994.</p>	<p>Estimant que l'affaire au principal soulevait la question de l'effet direct de l'article 50, paragraphe 6, du TRIPs, entré en vigueur aux Pays-Bas le 1er janvier 1996, l'Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:</p> <p>«L'article 50, paragraphe 6, de l'accord TRIPs doit-il être interprété comme ayant un effet direct, en ce sens que les conséquences juridiques qu'il comporte se produisent même dans le cas où la législation nationale ne contient aucune disposition analogue?»</p> <p>Dans l'affaire C-392/98 (p.19)</p> <p>Hoge Raad der Nederlanden a décidé de saisir la Cour des trois questions préjudicielles suivantes:</p> <p>«1) La Cour est-elle compétente pour interpréter l'article 50 de l'accord TRIPs, même dans la mesure où ce qui est indiqué dans cet article ne concerne pas des mesures provisoires visant à empêcher un acte portant atteinte à un droit à la marque?</p>

		<p>2) L'article 50 de l'accord TRIPs, en particulier le paragraphe 6 de cet article, a-t-il un effet direct?</p> <p>3) Si l'imitation d'un modèle industriel est susceptible de faire l'objet d'un recours en vertu du droit civil national sur la base des dispositions générales relatives à un acte illicite, en particulier en matière de concurrence déloyale, la protection accordée de cette manière à l'ayant droit doit-elle alors être considérée comme un 'droit de propriété intellectuelle' au sens de l'article 50, paragraphe 1, de l'accord TRIPs?» (p.27)</p> <p>Les questions ainsi posées par les deux juridictions de renvoi soulèvent trois points relatifs, respectivement:</p> <ul style="list-style-type: none"> - à la compétence de la Cour pour interpréter l'article 50 du TRIPs et aux conditions d'exercice de cette compétence (première question dans l'affaire C-392/98); - à l'éventuel effet direct de l'article 50, paragraphe 6, du TRIPs (unique question dans l'affaire C-300/98 et deuxième question dans l'affaire C-392/98); et - à l'interprétation de l'expression «droit de propriété intellectuelle» figurant à l'article 50, paragraphe 1, du TRIPs (troisième question dans l'affaire C-392/98). (p.28) <p>Sur la compétence de la Cour pour interpréter l'article 50 du TRIPs</p> <p>L'objet de la première question de la juridiction de renvoi dans l'affaire C-392/98 est de savoir si la portée de l'arrêt du 16 juin 1998, Hermès (C-53/96, Rec. p. I-3603), relatif à la compétence de la Cour pour interpréter l'article 50 du TRIPs, est limitée aux seules situations relevant du droit des marques. (p.32)</p> <p>Le TRIPs, qui figure en annexe 1 C à l'accord OMC, a été conclu par la Communauté et ses États membres en vertu d'une compétence partagée (voir avis 1/94, du 15 novembre 1994, Rec. p. I-5267, point 105). Il s'ensuit que la Cour, saisie conformément aux dispositions du traité, et notamment de son article 177, a compétence pour définir les obligations que la Communauté a ainsi assumées et pour interpréter à cette fin les dispositions du TRIPs. (p.33)</p> <p>Plus particulièrement, la Cour est compétente pour interpréter l'article 50 du TRIPs afin de répondre aux besoins des autorités judiciaires des États membres lorsque ces dernières sont appelées à appliquer leurs règles nationales en vue d'ordonner des mesures provisoires pour la protection des droits découlant d'une législation communautaire relevant du champ d'application du TRIPs (voir arrêt Hermès, précité, points 28 et 29). (p.34).</p> <p>De même, lorsqu'une disposition telle que l'article 50 du TRIPs peut trouver à s'appliquer aussi bien à des situations relevant du droit national qu'à des</p>
--	--	---

		<p>situations relevant du droit communautaire, comme c'est le cas dans le domaine des marques, la Cour est compétente pour l'interpréter afin d'éviter des divergences d'interprétation futures (voir arrêt Hermès, précité, points 32 et 33). (p.35)</p> <p>Il y a lieu de souligner, à cet égard, que les États membres et les institutions communautaires sont tenus à une obligation de coopération étroite dans l'exécution des engagements qu'ils ont assumés en vertu d'une compétence partagée pour conclure l'accord OMC, le TRIPs compris (voir, en ce sens, avis 1/94, précité, point 108). (p.36)</p> <p>L'article 50 du TRIPs constituant une disposition procédurale, qui a vocation à s'appliquer de la même manière dans toutes les situations relevant de son champ d'application et est susceptible de s'appliquer aussi bien à des situations relevant du droit national qu'à des situations relevant du droit communautaire, cette obligation nécessite, tant pour des raisons pratiques que juridiques, que les instances des États membres et de la Communauté en adoptent une interprétation uniforme. (p.37)</p> <p>Or, seule la Cour, agissant en coopération avec les juridictions des États membres en vertu de l'article 177 du traité, est en mesure d'assurer une telle interprétation uniforme. (p.38).</p> <p>La compétence de la Cour pour interpréter l'article 50 du TRIPs n'est donc pas limitée aux seules situations relevant du droit des marques. (p.39).</p> <p><i>Ainsi, la Cour est compétente pour interpréter l'article 50 du TRIPs, dès lors que les autorités judiciaires des États membres sont appelées à ordonner des mesures provisoires pour la protection de droits de propriété intellectuelle relevant du champ d'application de l'accord TRIPs.</i> (p.39)</p> <p>Sur l'effet direct de l'article 50, paragraphe 6, du TRIPs</p> <p>Selon une jurisprudence constante, une disposition d'un accord conclu par la Communauté avec des pays tiers doit être considérée comme étant d'application directe lorsque, eu égard aux termes, à l'objet et à la nature de l'accord, on peut conclure que la disposition comporte une obligation claire, précise et inconditionnelle qui n'est subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte ultérieur (voir, à cet égard, arrêts du 30 septembre 1987, Demirel, 12/86, Rec. p. 3719, point 14, et du 16 juin 1998, Racke, C-162/96, Rec. p. I-3655, point 31). (p.42)</p> <p>La Cour a déjà jugé que, compte tenu de leur nature et de leur économie, l'accord OMC et ses annexes ne figurent pas en principe parmi les</p>
--	--	--

		<p>normes au regard desquelles la Cour contrôle les actes des institutions communautaires en vertu de l'article 173, premier alinéa, du traité CE (devenu, après modification, article 230, premier alinéa, CE) (voir arrêt du 23 novembre 1999, Portugal/Conseil, C-149/96, Rec. p. I-8395, point 47). (p.43).</p> <p>Pour les mêmes raisons que celles que la Cour a exposées aux points 42 à 46 de l'arrêt Portugal/Conseil, précité, les dispositions du TRIPs, qui figure en annexe à l'accord OMC, ne sont pas de nature à créer pour les particuliers des droits dont ceux-ci peuvent se prévaloir directement devant le juge en vertu du droit communautaire. (p.44)</p> <p>S'agissant d'un domaine auquel le TRIPs s'applique et dans lequel la Communauté a déjà légiféré, comme c'est le cas de celui de la marque, il résulte de l'arrêt Hermès, précité, et notamment de son point 28, que les autorités judiciaires des États membres sont tenues en vertu du droit communautaire, lorsqu'elles sont appelées à appliquer leurs règles nationales en vue d'ordonner des mesures provisoires pour la protection des droits relevant d'un tel domaine, de le faire dans la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de l'article 50 du TRIPs. (p.47)</p> <p>En revanche, s'agissant d'un domaine dans lequel la Communauté n'a pas encore légiféré et qui, par conséquent, relève de la compétence des États membres, la protection des droits de propriété intellectuelle et les mesures prises à cette fin par les autorités judiciaires ne relèvent pas du droit communautaire. Dès lors, le droit communautaire ne commande ni n'exclut que l'ordre juridique d'un État membre reconnaisse aux particuliers le droit de se fonder directement sur la norme prévue par l'article 50, paragraphe 6, du TRIPs ou qu'il impose au juge l'obligation de l'appliquer d'office.</p> <p>49 Il y a donc lieu de répondre à la deuxième question posée dans l'affaire C-392/98 et à l'unique question posée dans l'affaire C-300/98 que:</p> <ul style="list-style-type: none"> - s'agissant d'un domaine auquel le TRIPs s'applique et dans lequel la Communauté a déjà légiféré, les autorités judiciaires des États membres sont tenues en vertu du droit communautaire, lorsqu'elles sont appelées à appliquer leurs règles nationales en vue d'ordonner des mesures provisoires pour la protection des droits relevant d'un tel domaine, de le faire dans la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de l'article 50 du TRIPs, mais - s'agissant d'un domaine dans lequel la Communauté n'a pas encore légiféré et qui, par
--	--	---

			conséquent, relève de la compétence des États membres, la protection des droits de propriété intellectuelle et les mesures prises à cette fin par les autorités judiciaires ne relèvent pas du droit communautaire. Dès lors, le droit communautaire ne commande ni n'exclut que l'ordre juridique d'un État membre reconnaisse aux particuliers le droit de se fonder directement sur la norme prévue par l'article 50, paragraphe 6, du TRIPs ou qu'il impose au juge l'obligation de l'appliquer d'office. (p.48).
2001	<p>"Bananes"</p> <p>Bocchi Cordis T. Port</p> <p>-----</p> <p>Ordonnance de la Cour du 2 mai 2001</p>	<p>Bocchi Food Trade International contre Commission CE ayant pour objet une demande de réparation du préjudice que la requérante aurait subi du fait que la Commission a institué, dans le cadre de son règlement (CE) n° 2362/98, du 28 octobre 1998, portant modalités d'application du règlement (CEE) n° 404/93 du Conseil en ce qui concerne le régime d'importation de bananes dans la Communauté, des dispositions prétendument contraires aux règles de l'OMC et à certains principes généraux du droit communautaire.</p> <p>Cordis Obst und Gemüse Grosshandel GmbH contre Commission CE ayant pour objet une demande identique à la demande de Bocchi.</p> <p>T. Port GmbH & Co. KG contre Commission CE ayant pour objet une demande identique aux demandes de Bocchi et de Cordis.</p> <p>-----</p> <p>Une décision à titre préjudiciel relative à l'interprétation des articles Ier et XIII de l'Accord GATT de 1994, qui figure à l'annexe 1A de l'accord instituant l'OMC, approuvé au nom de la Communauté européenne, pour ce qui</p>	<p>Concernant les conséquences éventuelles à tirer de l'arrêt Portugal/Conseil, précité (voir point 22 ci-dessus), la requérante a, en réponse à la question posée par le Tribunal, admis que la Cour avait jugé que les dispositions de l'OMC n'avaient pas d'effet direct général dans l'ordre juridique communautaire. (p.33 T.Port, p. 33 Cordis) (p.38) La Commission fait valoir que les règles de l'OMC n'ont pas d'effet direct dans l'ordre juridique communautaire et ne sauraient donc être invoquées par des particuliers. (p.38 T.Port, p.38 Cordis) (p.43)</p> <p>Elle fait observer qu'il ressort d'une jurisprudence constante que les dispositions du GATT de 1947 étaient dépourvues de caractère inconditionnel et qu'il ne pouvait leur être reconnu valeur de règles de droit international immédiatement applicables dans les ordres juridiques internes des parties contractantes (voir arrêt de la Cour du 5 octobre 1994, Allemagne/Conseil, C-280/93, Rec. p. I-4973). La Commission estime que cette jurisprudence s'applique également à l'accord OMC et à ses annexes, étant donné que ces textes présentent les mêmes particularités que les dispositions du GATT de 1947 qui ont conduit à dénier à ces dernières un effet direct. (p.39 T.Port, p.39 Cordis) (p.44)</p> <p>Dans ses observations sur les conséquences à tirer de l'arrêt Portugal/Conseil, précité, la requérante a reconnu que les dispositions de l'OMC étaient privées d'effet direct général dans l'ordre juridique communautaire. Toutefois, elle a soutenu que son recours était fondé sur une nouvelle catégorie de détournement de pouvoir, constitué par le fait, pour la Commission, d'avoir adopté un règlement méconnaissant une décision déclarant le système communautaire incompatible avec les règles de l'OMC et son engagement d'éliminer les infractions ainsi constatées (voir points 39 à 41 ci-dessus), en violation de l'interdiction de venire contra factum proprium. (p.52 T.Port, p.52 Cordis) (p.57).</p> <p>-----</p> <p>Jugeant pertinentes les conclusions auxquelles le groupe spécial était parvenu dans son rapport du 12 avril 1999 quant à l'incompatibilité de l'organisation commune des marchés dans le</p>

		<p>concerne les matières relevant de ses compétences, par la décision 94/800/CE du Conseil, du 22 décembre 1994.</p>	<p>secteur de la banane, telle que modifiée, avec les articles Ier et XIII du GATT de 1994, le Finanzgericht Hamburg a estimé que cette illégalité pourrait, sous réserve de l'effet direct desdites dispositions, entraîner l'inapplicabilité de l'article 18, paragraphe 1, second alinéa, du règlement n° 404/93, tel que modifié par le règlement n° 1637/98. (p.19)</p> <p>Selon le Finanzgericht Hamburg, une telle inapplicabilité pourrait résulter soit de la primauté et de l'effet direct du GATT qui, dans le cas d'espèce, seraient susceptibles de découler, depuis le 21 janvier 1996, date de l'adhésion de l'Équateur au GATT de 1994, de l'article 234, premier alinéa, du traité CE (devenu, après modification, article 307, premier alinéa, CE), soit de l'effet direct général qui aurait été éventuellement acquis par le GATT depuis le 1er janvier 1995, date de l'entrée en vigueur de l'accord OMC et du mémorandum d'accord. (p.20)</p> <p>Aussi le Finanzgericht Hamburg a-t-il décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:</p> <p>«L'article 18, paragraphe 1, second alinéa, du règlement (CEE) n° 404/93 du Conseil, du 13 février 1993, portant organisation commune des marchés dans le secteur de la banane, tel que modifié par le règlement (CE) n° 1637/98 du Conseil, du 20 juillet 1998, est-il inapplicable, car contraire aux articles Ier et XIII du GATT de 1994, dont un particulier peut se prévaloir en justice?» (p.21)</p> <p>Par ailleurs, même à supposer que l'article 234, premier alinéa, du traité soit applicable au GATT de 1994 en dépit du fait que celui-ci est, aux termes de l'article II, paragraphe 4, de l'accord OMC, juridiquement distinct du GATT de 1947, présente des différences notables par rapport aux dispositions de ce dernier (voir arrêt Portugal/Conseil, précité, point 36) et a été conclu et approuvé par la Communauté en vertu d'une compétence exclusive de celle-ci (voir avis 1/94, du 15 novembre 1994, Rec. p. I-5267, point 1 du dispositif), aucun effet direct des dispositions du GATT de 1994 ne saurait non plus être déduit de l'article 234, premier alinéa, du traité. (p.29).</p>
--	--	--	---

INDEX

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe⁸⁸⁹, non aux numéros de page)

A

Abus de position dominante: 24.3.1, 77.2.

ADPIC: 77 et s., 96.2.1.

Accord international sur la concurrence: 152 et s.

Activité économique : 8.

Affectation du marché : 22.2, 27.

B

Brevet : 65, 75.1.

C

Chine: 118 et s.

Clémence: 70.2.

Concentration: 28.

Concurrence déloyale: 86 et s.

Coopération internationale : 54 et s.

D

Détention intégrale : 11 et s.

Droits d'auteur : 65, 75.1.

Droit international privé : 21, 80 et s.

Droit international public : 20.

E

Ententes: 24.1 et s.

Extraterritorialité : 20 et s.

F

FAS : 128 et s.

Filiales : 15 et s.

G

GATT: 91 et s.

⁸⁸⁹ Chaque paragraphe représente une nouvelle idée.

H

I

ICN: 60.

L

LAM : 118 et s.

M

Marché pertinent : 32.

Monopoles naturelles : 131.

N

Non bis in idem : 66 et s.

O

OMC : 91 et s.

P

Pacta sunt servanda : 91 et s., 152 et s.

Propriété intellectuelle : 73 et s.

R

REC : 66 et s.

Règle de raison : 31.

Responsabilité de la société-mère : 9 et s.

Russie : 128 et s.

S

Sécurité juridique : 163 et s.

T

Théorie de l'effet : 1,2, 18 et s.

Théorie des jeux : 105 et s.

U

Unité économique : 10.

W

Webb-Pomerane Act : 22.4.

BIBLIOGRAPHIE⁸⁹⁰

La législation européenne

1. Règlement (CEE) N° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *JO n° L 395 du 3.12.1989 p. 1 – 12.*
2. Règlement (CE) N° 2658/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de spécialisation, *JO L 304 du 5.12.2000, p. 3–6.*
3. Règlement (CE) N° 2659/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de recherche et de développement, *JO L 304 du 5.12.2000, p. 7–12.*
4. Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JO L 012 du 16/01/2001 p. 1-23.*
5. Règlement (CE) N° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, *JO L 145 du 31.5.2001, p. 43–48.*
6. Règlement (CE) N° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JO L 24 du 29.1.2004, p. 1–22.*
7. Règlement N° 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du TCE, *JO L 123 du 27.4.2004, p.18.*
8. Règlement (CE) N° 772/2004 de la Commission du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie, *JO L 123 du 27.4.2004, p. 11–17.*
9. Règlement (CE) N° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, *JO L 199/40, 31.7.2007.*
10. Règlement (UE) N° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union

⁸⁹⁰ Pour la liste des accords internationaux cités dans la thèse voir Les Annexes 2 et 4.

européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JO L 129 du 28.5.2010, p. 52–57.*

11. Règlement (UE) N° 461/2010 de la Commission du 27 mai 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, *JO L 129 du 28.5.2010, p. 52–57.*
12. Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) N° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, *JO L 149 du 11.6.2005, p. 22–39.*

La législation des États membres

1. Code de commerce français, version consolidé de 1 septembre 2012.
2. Code civil français, version consolidé de 2 juin 2012.

La législation des États tiers

1. Sherman Act, July 2, 1890, ch. 647, 26 Stat. 209, 15 U.S.C. §§ 1–7.
2. Federal Law of the Russian Federation №135-FZ of July 16th, 2006 « On Protection of Competition ».
3. Anti-monopoly Law of the People's Republic of China, adopted at the 29th meeting of the Standing Committee of the 10th National People's Congress of the People's Republic of China on August 30, 2007.

Les actes de la Commission européenne

1. EU Commission, *Competition Policy in the New Trade Order: Strengthening International Co-operation and Rules*, Report of the Group of Experts (Luxembourg: OOPEC, July 1995), p.3.

2. Rapport de la Commission au Parlement Européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application du règlement (CE) N° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, 21.4.2009 COM(2009) 174 final.
3. Proposition de Règlement présentée par la Commission le 22.07.2003, COM (2003) 427 final.
4. Communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *JO C 95 du 16.4.2008*.
5. Communication de la Commission - Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, 2004/C 101/07, 27 avril 2004, *JO n° C 101 du 27.4.2004*.
6. Communication de la Commission - Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité CE aux accords de transfert de technologie, 27 avril 2004, *JO n° C 101 du 27.4.2004*.
7. Document de travail des services de la Commission accompagnant le Rapport de la Commission sur la politique de concurrence 2008 [COM(2009)374], Bruxelles, 23.7.2009, SEC(2009)1004 final.
8. Communication de la Commission, Lignes directrices sur les restrictions verticales, 2010/C 130/01.
9. Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *JO C 101 du 27.4.2004, p. 54–64*.
10. Communication de la Commission, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'UE aux accords de coopération horizontale, 2011/C 11/01.

Décisions de la Commission

1. Communication de la Décision de la Commission européenne de 21 novembre 2001 *JO 2003 L6/1 (Vitamines)*.

2. Décision de la Commission, *Google/DoubleClick*, n° COMP/M.4731, C(2008) 927 final, 11.03.2008;
3. Décision de la Commission, *Tomtom/Tele Atlas*, n° COMP/M.4854, C(2008) 1859, 14.05.2008.
4. Décision de la Commission, COMP/38.899, *GIS Switchgear*, Décision de la Commission, COMP/F/38.433, *Rubber Chemicals*, point 263,
5. Décision de la Commission, COMP/38.628, *Chloroprene Rubber*.
6. Décision de la Commission, 16.06.1999, *Scottish & Newcastle*, IV/35.992/F3.
7. Décision de la Commission, du 20.07.1999, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE et de l'article 54 de l'accord EEE (Affaire n° IV/36.888 - Coupe du monde de football 1998) [notifiée sous le numéro C(1999) 2295].
8. Décision de la Commission, COMP/F/38.620, *Hydrogen Peroxide and Perborate*.

La jurisprudence européenne

1. CJCE, 12.07.1962, *Mannesmann c/ Haute Autorité*, Aff. 19/61, Rec. 00675.
2. CJCE, 10.06.1965, *Consten and Grundig*, Aff. jointes 56/64 et 58/66 Rec. 1966, p. 00429.
3. CJCE, 30.06.1966, *Société Technique Minière*, Aff. 56-65, Rec. 1966 p. 00337.
4. CJUE, 13.02.1969, *Walt Wilhelm*, Aff. 14/68, Rec. 1969 p.1.
5. CJCE, 25.11.1971, *Béguelin Import Co. c/ S.A.G.L. Import Export*, aff. 22-71, Rec.1971 p.00949.
6. Conclusions jointes de l'Avocat général Mayras présentées le 2 mai 1972, Rec. 1972 p. 00619.
7. CJCE, 14.07.1972, *Sandoz AG c/ Commission*, Aff. 53-69, Rec. 1972, p. 00845.
8. CJCE, 14.07.1972, *J.R. Geigy AG c/ Commission*, Aff. 52-69, Rec. 1972, p. 00787.
9. CJCE, 14.07.1972, *Imperial Chemical Industries Ltd. c/ Commission*, Aff. 48-69, Rec. 1972 p.00619.
10. CJCE, 14.07.1972, *Badische Anilin- & Soda-Fabrik AG c/ Commission*, Aff. 49-69, Rec. 1972 p.00713.
11. CJCE, 14.07.1972, *Farbenfabriken Bayer AG c/ Commission*, Aff. 51-69, Rec. 1972 p. 00745.

12. CJCE, 14.07.1972, *SA française des matières colorantes (Francolor) c/ Commission*, Aff. 54-69, Rec. 1972 p.00851.
13. CJCE, 14.07.1972, *Casella Farbwerke Mainkur AG c/ Commission*, Aff. 55-69, Rec. 1972 p.00887.
14. CJCE, 14.07.1972, *Farbwerke Hoechst AG c/ Commission*, Aff. 56-69, Rec. 1972 p.00927.
15. CJCE, 14.07.1972, *Azienda Colori Nazionali - ACNA S.p.A. c/ Commission*, Aff. 57-69, Rec. 1972 p.00933.
16. CJCE, 12.12.1972, *International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor Groenten en Fruit*, aff. jointes 21 à 24-72, Rec. 1972 p. 01219.
17. CJUE, 14.12.1972, *Boehringer Mannheim c/ Commission*, Aff. 7-72, Rec. 1972 p. 01281. Conclusions de l'Avocat général H. MAYRAS dans l'Aff. 7/72, *Boehringer Mannheim c/ Commission*, Rec. 1972, p. 01293.
18. CJCE, 21.02.1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company c/ Commission*, Aff. 6-72, Rec. 1973, p. 00215.
19. CJCE, 16.12.1975, *Suiker Unie e.a. c/Commission*, Aff. jointes 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114-73, Rec. 1975 p. 01663.
20. CJCE, 15.06.1976, *EMI Records Limited c/ CBS UK Limited*, Aff. 51-75, Rec. 1976, p.00811.
21. CJCE, 15.06.1976, *EMI Records Limited c/ CBS Grammofoon A/S*, Aff. 86-75, Rec. 1976, p. 00871.
22. CJCE, 15.06.1976, *EMI Records Limited c/ CBS Schallplatten GmbH*, Aff. 96-75, Rec. 1976, p. 00913.
23. CJCE, 25.10.1977, *Metro SB – Grossmärkte GmbH&Co. KG c/ Commission*, Aff. 26-76, Rec. 1977 p. 01875.
24. CJCE, 20.06.1978, *Tepea BV c/ Commission des Communautés européennes*, Aff. 28/77, Rec. 1978, p.01391.
25. CJCE, 13.02.1979, *Hoffman-La Roche*, 85/76, Rec. 1979 p. 00461.
26. CJCE, 25.10.1979, *Greenwich Film Production c/ Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM) et Société des éditions Labrador*, Aff. 22/79, Rec. 1979, p. 03275.

27. CJCE, 8.06.1982, *Nungesser et Eisele c/ Commission*, Aff. C 258/78, Rec. 1982 p. 02015.
28. CJCE, 7.06.1983, *Musique diffusion française e.a. v Commission*, Aff. jointes 100/80 à 103/80, Rec. 1983 p.01825.
29. CJCE, 25.10.1983, *AEG c/ Commission*, Aff. 107/82, Rec. 1983 p. 03151.
30. CJCE, 9.11.1983, *Michelin c/ Commission*, Aff. C 322/81, Rec. 1983 p. 03461.
31. CJCE, 12.07.1984, *Hydrotherm Gerätebau GmbH c/ Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas.*, Aff. C 170/83, Rec. 1984 p. 02999.
32. CJCE, 28.01.1986, *Pronuptia GmbH c/ Schillgallis*, Aff. 161/84, Rec. 1986 p. 00353.
33. CJCE, 26.10.1986, *Metro SB – Grossmärkte GmbH&Co. KG c/ Commission*, Aff. 75/84, Rec. 1986 p. 03021.
34. CJCE, 21.05.1987, *Albako Margarinefabrik Maria von der Linde GmbH & Co. KG c/ Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, Aff. 249/85, Rec. 1987, p. 02345.
35. CJCE, 27.09.1988, *A. Ahlström Osaakeyhtiö et autres c/ Commission*, Aff. jointes 89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85, Rec. 1988 p. 05193.
36. CJCE, 22.06.1989, *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol) contre Commission des Communautés européennes*, aff. 70/87, Rec. 1989 p. 01781.
37. CJCE, 7.05.1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd contre Conseil des Communautés européennes*, aff. C-69/89, Rec. 1991 p. I-02069.
38. TPI, 10.03.1992, *Shell International Chemical Company c/ Commission*, Aff.T-11/89, Rec. 1992 p. II-00757.
39. CJCE, 5.10.1994, *République fédérale d'Allemagne contre Conseil de l'Union européenne*, aff. C-280/93, Rec. 1994 p. I-04973.
40. CJCE, 7 mars 1995, *Fiona Shevill e.a. c/ Presse Alliance SA*, Aff. C-68/93, Rec.1995, p. I-00415.
41. CJCE, 6.04.1995, *BPB Industries and British Gypsum c/ Commission*, Aff. C-310/93 P, Rec. 1995 p. I-00865.
42. CJCE, 6.04.1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c/ Commission des Communautés européennes*, Aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, Rec. 1995 page I-00743.

43. CJCE, 14.12.1995, *Van Schijndel c/ Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, Aff. C-430 et 431/93, Rec. 1995 p. I-04705.
44. CJCE, 10.09.1996, *Commission c/ Allemagne*, C-61/94, Rec. p. I3989.
45. CJCE, 24.10.1996, *Viho Europe BV c/ Commission*, Aff. C-73/95 P, Rec. 1996 p. I-05457.
46. Conclusions de l'Avocat général M. Marco Darmon, Aff. jointes 89, 104, 114, 116, 117 ET 125 À 129/85, 25 mai 1998, Rec. 1988 p. 05193.
47. CJCE, 28.05.1998, *John Deere*, Aff. C-7/95 P, Rec. 1998, p. I-03111.
48. CJCE, 16.06.1998, *Hermès Internationale (société en commandite par actions) c/ FHT Marketing Choice BV*, aff. C-53/96, Rec.1998 p. I-03603.
49. TPI, 11.03.1999, *ARBED c/ Commission*, Aff. T-137/94, Rec. 1999 p. II-00303.
50. TPI, 11.03.1999, *Unimétal c/ Commission*, Aff. T-145/94, Rec. 1999 p. II-00585.
51. TPI, 20.04.1999, *LVM e.a. c/ Commission (PVC II)*, Aff. jointes T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 to T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 and T-335/94, Rec. 1999 p. II-00931.
52. CJCE, 19.09.1995, *Antonio Marinari c/ Lloyds Bank plc et Zubani Traiding Company*, Aff. C-364/93, Rec. 1995 p. I-02719.
53. TPI, 28.09.1999, *Fruchthandelsgesellschaft mbH Chemnitz*, T-254/97, Rec. p.II-2743.
54. CJCE, 23.11.1999, *République portugaise c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-149/96, Rec. 1999 p. I-08395.
55. TPI, 30.03.2000, *CNSD c/ Commission*, Aff. T-513/93, Rec. 2000 p. II-01807.
56. CJCE, 16.11.2000, *Stora Kopparbergs Bergslags c/ Commission*, Aff. C-286/98 P, Rec. 2000 p. I-09925.
57. TPI, 20.03.2001, *Cordis Obst und Gemüse Großhandel GmbH c/ Commission*, Aff. T-18/99, Rec. 2001 p. II-00913.
58. TPI, 20.03.2001, *Bocci Food Trade International GmbH c/ Commission*, aff. T-30/99, Rec. 2001 p. II-00943.
59. TPI, 20.03.2001, *T. Port GmbH & Co. KG c/ Commission*, Aff. T-52/99, Rec. 2001 p. II-00981.
60. TPI, 28.03.2001, *IMA c/ Commission*, Aff. T-144/99, Rec. 2001 p. II-01087.
61. CJCE, Ordonnance du 2.05.2001, *OGT Fruchthandelsgesellschaft mbH et Hauptzollamt Hamburg-St. Anen*, aff. C-307/99, Rec. 2001 p. I-03159.

62. TPI, 18.09.2001, *Métropole télévision (M6) e.a. c/ Commission*, Aff. T-112/99, Rec. 2001, p.II-02459.
63. CJCE, 20.09.2001, *Courage Ltd c/ Bernard Crehan et Bernard Crehan c/ Courage Ltd e.a.*, C-453/99, Rec. 2001 p. I-06297.
64. Conclusions de l'Avocat général M. Jean MISCHO, 22.03.2001, *Courage Ltd c/ Bernard Crehan et Bernard Crehan c/ Courage Ltd e.a.*, C-453/99, Rec. 2001 p. I-06297.
65. CJCE, 25.10.2001, *Firma Ambulanz Glöckner c/ Landkreis Südwestpfalz*, Aff. C-475/99, Rec. 2001 p. I-08089.
66. CJCE, 20.11.2001, *Zino Davidoff SA contre A & G Imports Ltd et Levi Strauss & Co. e.a. c/ Tesco Stores Ltd et autres*, Aff. jointes C-414/99 à C-416/99, Rec. 2001 p. I-08691.
67. TPI, 22.11.2001, *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato*, T-139/98, Rec. 2001 p. II-03413.
68. CJCE, 29.11.2001, *Giuseppe Conte c/ Stefania Rossi*, Aff. C-221/99, Rec. 2001 p. I-09359.
69. CJCE, 19.02.2002, *Wouters et a.*, Aff. C-309/99, Rec. 2002 p. I-01577.
70. CJCE, 28.02.2002, *Stora Kopparbergs Bergslags c/ Commission*, Aff. T-354/94, Rec. 1998 p. II-02111.
71. TPI, 20.03.2002, *HFB e.a. c/ Commission*, Aff. T-9/99, Rec. 2002 p. II-01487.
72. TPI, 20.03.2002, *Brugg Rohrsysteme c/ Commission*, Aff. T-15/99, Rec. 2002 p. II-01613.
73. TPI, 20.03.2002, *HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft GmbH & Co. KG e.a. c/ Commission*, Aff. T-9/99, Rec. 2002 II-02429.
74. TPI, 20.03.2002, *Dansk Rorindustri c/ Commission*, T-21/99, Rec. 2002 p. II-01681.
75. CJCE, 30.05.2002, *Walter Schmid*, C-516/99, Rec. 2002, p. I-4573.
76. CJCE, 15.10.2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) c/ Commission (PVCIII)*, Aff. jointes C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P, Rec. 2002 p. I-08375.
77. TPI, 25.10.2002, *Tetra Laval BV*, aff. T-5/02 et T-8/02, Rec. 2002 p. II-04381-
78. TPI, 6.03.2003, *Nan Ya Plastics Corporation et Far Eastern Textiles Ltd c/ Conseil de l'UE*, T-226/00 DEP et T-227/00 DEP, Rec. 2003 page II-00685.
79. TPI, 8.07.2003, *Verband e.a. c/ Commission*, Aff. T-374/00, Rec. 2003 p. II-02275.

80. TPI, 30.09.2003, *Michelin c/ Commission (Michelin II)*, Aff. T-203/01, Rec. 2003 p. II-04071.
81. CJUE, 02.10.2003, *Siderurgica Aristrain Madrid SL c/ Commission*, Aff. C-196/99 P, Rec. 2003 I-11005.
82. TPI, 23.10.2003, *Van den Bergh Foods*, Aff. T-65/98, Rec. 2003, p. II-04653.
83. TPI, 11.12.2003, *Minoan Lines c/ Commission*, Aff. T-66/99, Rec. 2003 p. II-05515.
84. CJUE, 7.01.2004, *Aalborg Portland c/ Commission*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P, C-219/00 P, Rec. 2004 p.00000.
85. TPI, 29.04.2004, *Tokai Carbon c/ Commission*, Aff. T-236/01, Rec. 2004 p.II-01181.
86. CJCE, 29.04.2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG c/ NDC Health GmbH & Co. KG*, Aff. C-418/01, Rec. 2004 p. I-05039.
87. Ordonnance du président du TPI, 28.07.2004, *Microsoft Corp. c/ Commission*, T-201/04 R, Rec. 2004 p. II-02977.
88. TPI, 26.01.2005, *L.Piau c/ Commission*, T-193/02, Rec. 2005 p.II-00209.
89. CJCE, 15.02.2005, *Commission c/ Tetra Laval*, aff. C-12/03, Rec. 2005 p. I-00987.
90. TPI, 13.04.2005, *Verein für Konsumenteninformation/ Commission*, Aff. T-2/03, Rec., p. II-01121.
91. TPI, 15.06.2005, *Tokai Carbon e.a. c/ Commission*, Aff. jointes T-71/03, T-74/03, T-87/03 et T-91/03, Rec. 2005 p. II-00010.
92. CJCE, 28.06.2005, *Dansk Rørindustri and et a. c/ Commission*, Aff. jointes C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P to C-208/02 P et C-213/02 P Rec. 2005 I-05488.
93. TPI, 27.07.2005, *Brasserie nationale c/ Commission*, Aff. T-49/02 à 51/02, Rec. 2005 p. II-03033.
94. TPI, 15.09.2005, *Daimler Chrysler AG c/ Commission*, Aff. T-325/01, Rec.2005 p. II-03319.
95. TPI, 14.12.2005, *General Electric Company c/ Commission*, T-210/01, Rec. 2005 p. II-05575.
96. CJCE, 10.01.2006, *Cassa di Risparmio di Firenze et a.*, Aff. C-222/04, Rec. 2006 p. I-00289.
97. TPI, 2.05.2006, *O2 GmbH & Co. OHG c/ Commission*, Aff. T-328/03, Rec. 2006, p. II-01231.
98. CJUE, 18.05.2006, *Archer Daniel Midland*, Aff. C-397/03 P, Rec. 2006 p. I-04429.

99. CJUE, 29.06.2006, *Showa Denko KK c/ Commission*, Aff. C-289/04 P, Rec. 2006 p. I-05859. Conclusions de l'Avocat général GEELHOED, 19.01.2006, *Showa Denko KK c/ Commission*, Aff. C-289/04 P, Rec. 2006 p. I-05859.
100. CJUE, 29.06.2006, *Commission c/ SGL Carbon AG*, Aff. C-301/04 P, Rec. 2006 p. I-05915. Conclusions de l'avocat général GEELHOED, 19.01.2006, *Commission c/ SGL Carbon AG*, Aff. C-301/04 P, Rec. 2006 p. I-05915.
101. CJUE, 29.06.2006, *SGL Carbon AG c/ Commission*, Aff. C-308/04 P, Rec. 2006 p. I-05977. Conclusions de l'avocat général GEELHOED 19.01.2006, *SGL Carbon AG c/ Commission*, Aff. C-308/04 P, Rec. 2006 p. I-05977.
102. CJCE, 11.07.2006, *FENIN c/ Commission*, Aff. C-205/03 P, Rec. 2006 p. I-06295.
103. CJCE, 13.07.2006, *Vincenzo Manfredi c/ Lloyd Adriatico Assicurazioni, Antonio Cannito c/ Fondiaria Sai SpA et Nicolò Tricarico et Pasqualina Murgolo c/ Assitalia SpA*, aff. jointes C-295/04 à C-298/04, Rec. 2006 p. I-06619.
104. TPI, 27.09.2006, *Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe BA c/ Commission*, Aff. T-314/01, Rec. 2006 p. II-03085.
105. TPI, 27.09.2006, *Jungbunzlauer AG c/ Commission*, Aff. T-43/02, Rec. 2006 II-03435.
106. CJCE, 23.11.2006, *Asnef-Equifax*, Aff. C-238/05, Rec. 2006, p. I-11125.
107. TPI, 14.12.2006, *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG e.a. c/ Commission*, Aff. Jointes T-259/02 à T-264/02 et T-271/02, Rec. 2006 p. II-05169.
108. TPI, 30.01.2007, *France Telecom*, T-340/03, Rec. 2007 p. II-00107.
109. TPI, 17.06.2007, *Alrosa c/ Commission*, T-170/06, Rec. 2007 p. II-02601.
110. TPI, 17.09.2007, *Microsoft Corp. c/ Commission*, T-201/04, Rec. 2007 p. II-03601.
111. TPI, 18.06.2008, *Hoechst GmbH c/Commission*, Aff. T-410/03, Rec. 2008 p. II-00881.
112. TPI, 8.07.2008, *Lafarge / Commission*, Aff. T-54/03, Rec. 2008 p. II-04361.
113. CJCE, 20.11.2008, *BIDS*, Aff. C-209/07, Rec. 2008, p. I-08637.
114. CJCE, 4.06.2009, *T-Mobile Netherlands*, Aff. C-8/08, Rec. 2009, p. I-04529.
115. CJCE, 16.07.2009, *Commission c/ Schneider Electric*, Aff. C-440/07 P, Rec. 2009 p. I-06413.

116. CJCE, 10.09.2009, *Akzo Nobel et a. c/ Commission*, C-97/08 P, Rec. 2009 p. I-08237
117. Conclusions d'AG Kokott, 17.09.2009, *Commission c/Alrosa*, Aff. C-441/07 P, Rec. 2010 p. I-05949.
118. TPI, 30.09.2009, *Arkema c/ Commission*, Aff. T-168/05, Rec. 2009 p.II-00180.
119. CJCE, 6.10.2009, *GlaxoSmithKline e.a.*, Aff. jointes C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, Rec. 2009, p. I-09291.
120. CJCE, 29.06.2010, *Commission c/Alrosa*, Aff. C-441/07 P, Rec. 2010 p. I-05949.
121. CJCE, 01.07.2010, *Knauf Gips KG c/ Commission*, Aff. C-407/08 P, Rec. 2010 p. I-06375.
122. TPI, 8.09.2010, *Deltafina c/ Commission*, Aff. T-29/05, Rec. 2010 p. II-04077.
123. TPI, 9.09.2010, *Tomra Systems e.a. / Commission*, Aff. T-155/06, Rec. 2010 p. II-04361.
124. Conclusions de l'avocat général Mazák, 7.12.2010, *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów contre Tele2 Polska sp. z o.o., devenue Netia SA*, Aff. C-375/09, Rec. 2011 p. 00000.
125. TPI, 15.12.2010, *Confédération européenne des associations d'horlogers-réparateurs (CEAHR) c/ Commission*, Aff. T 427/08, Rec. 2010 p. 00000.
126. TPI, 15.12.2010, *E.ON Energiec / Commission*, Aff. T-141/08, Rec. 2010 p. II-04077.
127. Conclusions de l'Avocat général Mazák, 16.12.2010, *Pfleiderer*, Aff. C-360/09, Rec. 2011 p.00000.
128. CJCE, 20.01.2011, *General Química et a. c/ Commission*, Aff. C-90/09 P.
129. Conclusions de l'Avocat Général M. Paolo Mengozzi du 11 février 2011, Aff. C-520/09 P *Elf Aquitaine SA c/ Commission européenne*, Rec. 2011 p.00000.
130. TPI, 24.03.2011, *Pegler c/ Commission*, Aff. T-386/06, Rec. 2011 p. 00000.
131. TPI, 7.06.2011, *Arkema France, Altuglas International SA, Altumax Europe SAS c/ Commission*, Aff. T-217/06, Rec.2011 p. 00000.
132. CJCE, 14.07.2011, *Pfleiderer AG/Bundeskartellamt*, Aff. C-360/09, Rec. 2011 p.00000.
133. CJCE, 29.09.2011, *Elf Aquitaine SA c/ Commission*, Aff. C-521/09 P, Rec. 2011 p. 00000.

134. CJCE, 14.02.2012, *Toshiba e.a. c/ Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*, aff. C-17/10, Rec. 2012, p. 00000. Conclusions d'Avocat Général Juliane KOKOTT, 8.09.2011, *Toshiba Corporation e.a.*, Aff. C-17/10.

La jurisprudence des États membres

1. Cass. civ., 25 mai 1948, Lautour, D. 1948. 357.
2. CE, 24.04.1992, n° 116489, *Union nationale des fédérations d'organisme HLM* ; CE, 8.11.1996, n° 122644, *Fédération française des sociétés d'assurance*.
3. CE, 12.06.1996, n° 115937, *Société Christ et fils*.
4. CE, 3.11.1997, n° 148698, *Société Yonne funéraire*.
5. CE, 3.11.1997, n° 165260, *Société Intermarbres*.

La jurisprudence internationale

1. CPJI, Lotus, 7 septembre 1927, Série A, n°10, p. 19 – CIJ.
2. CrEDH, 8.06.1976, *Engel et autres c/ Pays-Bas*, Série A n° 22, pp. 34-35.
3. ECHR, 07.10.1988, *Salabiaku v. France*, 10519/83, point 28.
4. CrEDH, 24.02.1994, *Bendenoun c. France*, Série A n° 284.
5. WTO Japan – *Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper* (31 March 1998) WT/DS44/R .
6. WTO Mexico – *Measures Affecting Telecommunication Services* (2 April 2004) WT/DS204/R.

La jurisprudence et les décisions des autorités nationales de la concurrence des États

tiers

1. *US v. Aluminium Co. of America* 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).
2. *US v. Gulf Oil Corp.*, Crim. N° 78-123 (E.D.Pa., filed May 9, 1978).
3. CJCE, 9.08.1994, *France c/ Commission*, Aff. C-327/91, Rec. 1994 p.I-03641.
4. *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 US 347, 356, 29 S.Ct 511, 512 (1909).

5. *Timberlane Lumber Co. V. Bank of America*, 549 F.2d597 at 613 (9th Cir. 1976).
6. *Accord Mannington Mills Inc v. Congoleum Corp*, 595 F.2D 1287 (3rd Cir. 1979).
7. *A.M. Kashfi v. Phibro-Salomon, Inc.*, 628 F. Supp.727; 1986 U.S. Dist. LEXIS 29337,[**11].
8. *Walter E. Heller & Co .v. Video Innovations, Inc.*, 730 F.2d 50, 53 (2d Cir. 1984) and *Miles v. American Tel. & Tel.*, 730 F.2d 193, 195-96 (5th Circ. 1983),
9. *Coastal States v. Zenith*, 446 F Supp. At 337, *Williams v. McAllister*, 534 F.2d at 21
10. *Fidenas A.G. v. Honeywell, Inc.*, 501 F. Supp. 1029, 1035-38 (S.D.N.Y. 1980).
11. *US v Trenton Potteries Co*, 273 US.392 (1972).

La doctrine

1. Adrien ALBERINI, *Le transfert de technologie en droit communautaire de la concurrence*, Schulthess Editions Romandes, Genève, 2010, 428p.
2. Omar AL HELOO, *Rules of Competition: New Field to Compete*, 01 November 2011, HadeF&Partners News, <http://www.hadefpartners.com/News/pageid/120-137/default.aspx?mediaid=201>, 07.02.2012.
3. *The Interface between Intellectual Property Rights and Competition Policy*, edited by Steven D. ANDERMAN, IPacademy Singapore, Cambridge University Press, 2007, 584 p.
4. Steven ANDERMAN and Huang YONG, *Competition Policy and Intellectual Property Rights: EU Experience and Prospects for China*, Report 2008.
5. *La politique de la concurrence et les droits de propriété intellectuelle dans l'économie de savoir*, sous la direction de Robert D. ANDERSON et Nancy T. GALLINI, University of Calgary Press, 1998, 572p.
6. Steven ANDERMAN, Ariel EZRACHI, *Intellectual Property Law and Competition Law : New Frontiers*, Oxford University Press, 2011, 432p.
7. Oles ANDRIYCHUK, *Rediscovering the Spirit of Competition: On the Normative Value of the Competitive Process*, European Competition Journal, Vol. 6 N° 3 December 2010, 575-610 pp.
8. Pierre ARHEL, *L'affaire Microsoft (À propos de la décision du TPICE du 17 septembre 2007)*, Petites affiches, 21 novembre 2007 n° 233, p.3.

9. Pierre ARHEL, *L'ADPIC: un équilibre entre propriété intellectuelle et concurrence*, Petites affiches, 17.11.2010, N° 229, p.3.
10. ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, sous la direction de Jules TRICOT, Vrin, 1994, 540p.
11. Amitai AVIRAM (University of Illinois), *A Paradox of Spontaneous Formation : The Evolution of Private Legal Systems*, Yale Law & Policy Review, Vol. 22, N 1, 2004.
12. Robert J. AUMANN, *Game Theory in the Talmud*, Research bulletin Series on Jewish Law and Economics, 2003, 1-12 pp.
13. Eric BARBIER DE LA SERRE, *Portée utile des recours en matière de contrôle des concentrations*, Revue Lamy de la Concurrence, Janvier-Mars 2006, N° 6, p.67.
14. Jasmin BATTISTA, Christian ROQUES, *Les inspections communautaires en matière de concurrence*, Revue Lamy de la Concurrence, Janvier/Mars N°14, p.136.
15. *"International Antitrust Litigation. Conflict of Laws and Coordination"*, edited by Jürgen BASEDOW, Stéphanie FRANQ, Laurence IDOT, Hart Publishing, Oxford, 2012, 460p.
16. Caron BEATON-WELLS, Fiona HAINES, *The Australian Conversion: How the Case for Cartel Criminalisation Was Made*, New Journal of European Criminal Law, Vol.1. Issue 4, 2010, 499-521 pp.
17. *Criminalising Cartels. Critical Studies of an International Regulatory Movement*, edited by Caron BEATON-WELLS and Ariel EZRACHI, Hart Publishing, UK, 2011, 455p.
18. Jean-François BELLIS, Charlotte NASSOGNE, *L'application du règlement sur le contrôle des concentrations (1^{er} janvier – 30 juin 2009)*, Journal du Droit Européen, 2009, 214-220pp.
19. I. VAN BAEL & J.-F. BELLIS, *Introduction Basic Principles. The international dimension of EC Competition law – Multilateral forums*, EC Competition Law Reporter, (No.97 – February 2010).
20. Gordon BLANKE, Philip LANDOLT, *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners*, Kluwer Law International, GB, 2011, 2464p.
21. Richard BLASSELLE, *Traité de droit européen de la concurrence*, Tome II A, Publisud, Paris, 2004, p.21. 557 p.
22. Elodie BORDES, *Radioscopie jurisprudentielle du principe de sécurité juridique*,

- VIII Congrès national de l'A.F.D.C., Nancy, 16-18 juin 2011,
<http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN7/bordesTD7.pdf> .
23. H. BOSLY, *Droit Pénal International*, 2003-2004, accessible sur
<http://www.brechet.ch.doc> le 28 mars 2011.
 24. Jean BOULOUIS, Roger-Michel CHEVALLIER, Daniel FASQUELLE, Mark BLANQUET,
Les grands arrêts de la jurisprudence communautaire, Tome 2. Droit
communautaire des affaires. Marché intérieur. Politiques communautaires. 5^e
édition. Dalloz, Paris. 2002, 748p.
 25. Anu BRADFORD, *International Antitrust Negotiations and False Hope of the
WTO*, *Harvard International Law Journal*, Vol. 48, N 2, Summer 2007. pp. 383-
439.
 26. Slike BRAMMER, *Co-operation between national competition agencies in the
enforcement of EC Competition Law*, Oxford : Hart, 2009, 248p.
 27. Dominique BRAULT et Julienne CHANG, *La loi antimonopoles de la République
populaire de Chine. Simple façade ou nouvel outil de développement?*, *Revue
Lamy de la Concurrence*, N°14, Janvier - Mars 2008, 156-165 pp.
 28. Richard BURNLEY, *Group Liability for Antitrust Infringements: Responsibility and
Accountability*, *World Competition Journal*, Volume 33, Issue 4, December 2010,
p.596.
 29. Nathan BUSH, *Chinese Competition Policy. It takes more than a law*, May – June
2005, <http://www.chinabusinessreview.com/public/0505/bush.html>,
03.06.2010.
 30. Galf-Peter CALLIES, Jens MERTENS, *Private Law and Competition Policy in the
Global Economy*, Working Paper Series, University of Bremen, 2 June 2009,
<http://ssrn.com/abstract=1413257>, 24.10.2011.
 31. *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*, reviewed by
Terry CALVANI, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 51, N° 4/Winter 2006/ 1023.
 32. Benjamin CHEYNEL, *Criminal enforcement du droit de la concurrence: un risque
concurrentiel émergent*, *Revue Lamy de la Concurrence*, Janvier-Mars 2010 N°22,
146-151pp.

33. John M. CONNOR, Albert A. FOYER, Simcha UDWIN, *Criminalizing Cartels: an American Perspective*, New Journal of European Criminal Law, Vol.1. Issue 2, 2010, 199-217 pp.
34. *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*. Sous la direction de Vlad CONSTANTINESCO, J.-P. JAQUE, Robert KOVAR, Denys SIMON. Economica. Paris, 1992, 1648 p.
35. Maria COPPOLA, *One network's effect : The rise and future of the ICN*, Concurrence N° 3-2011, 222-229 pp.
36. Elisabeth COUREAULT, *La concurrence déloyale en droit international privé communautaire*, Thèse en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit privé, Université Nancy 2, présentée 17 décembre 2009, p. 27.
37. Scott CROSBY, *Broadening the Definition: Why We Need to Discuss Cartels, Corruption and the Moral Question*, New Journal of European Criminal Law, Vol.1. Issue 2, 2010, 127-131 pp.
38. Maher M. DABBAH, *The Internationalization of Antitrust Policy*, Cambridge University Press, 2003, 348p.
39. José Narcisco DA CUHNA RODRIGUES, *À propos du principe « ne bis in idem » - Un regard sur la jurisprudence de la CJCE*, Une communauté de droit – Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias, BWV – Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003, p. 166.
40. Michel DEBROUX, *Rôle de meneur – Principe non bis in idem*, Concurrences N° 3, 2008, p.87.
41. Paul DEMARET, *L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques: une question de droit ou de diplomatie?*, Revue trimestrielle de droit européen, 1985, 1-39 pp.
42. Vianney DEQUIEDT, Jacques DURIEU, Philippe SOLAL, *Théorie des jeux et applications*, Economica, Paris, 2011, 585p.
43. Roger J. VAN DER BERGH, Peter D. CAMESASCA, *European Competition Law and Economics. A Comparative Perspective*, Intersentia, 2001, 598 p.
44. Brigitte DORMONT, *Introduction à l'économétrie*, Montchrestien, Paris, 2007, 518p.

45. Daniel W. DREZNER, *Globalization, harmonization, and competition: the different pathways to policy convergence*, Journal of European Public Policy, 12:5, October 2005, 841-859 pp.
46. Paul ECKMAN, *L'application de l'article 85 du Traité de Rome aux ententes étrangères à la C.E.E. mais causant des restrictions à la concurrence à l'intérieur du Marché Commun*, Revue critique de droit international privé, 1965, 499-528pp.
47. Ariel EZRACHI, *EC Competition Law. An Analytical Guide to the Leading Cases*, Hart Publishing, Portland, 2nd edition, 2010, 542p.
48. Giacomo Di FEDERICO, *The New Antimonopoly Law in China from a European Perspective*, World Competition N°2, 2009, 249-270 pp.
49. Ermano FEGATILLI, Nicolas PETIT, *Économétrie du droit de la concurrence. Un essai de conceptualisation*, CGLC Working Paper 03/08;
50. *Droit des relations extérieures de l'Union européenne*, sous la direction d'Alain FENET, édition LexisNexis Litec, Paris, 2006, 396p.
51. T. C. FINNERTY under the supervision of Dr. Warren J. KEEGAN, *Kodak vs. Fuji: The battle for global market share*, Lubin School of Business, Pace University, NY, 2000. Accessible sur <http://www.pace.edu/emplibrarx/tfinnerty.pdf> (10.01.2010),
52. Jean-Jacques GABAS, Philippe HUGON, *Les biens publics mondiaux et la coopération internationale*, L'Économie politique 4/2001 (n° 12), 19-31 pp. Accessible sur www.cairn.info/revue-l-economie-politique-2001-4-page-19.htm.
53. Michal S. GAL, *Antitrust in a Globalized Economy: the Unique Enforcement Challenges Faced by Small and Developing Jurisdictions*, Fordham International Law Journal, Vol. 33, N°1, December 2009, 1-56 pp.
54. Christian GAVALDA, Gilbert PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union Européenne*, 6^e édition, LexisNexis Litec, Paris, 2009, 583p.
55. Frédéric GERCHOUN, Stéphane PIEDELIÈVRE, *Le règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »)*, 1^{ère} partie, Gazette du Palais, 23.10.2007, n° 296, p.4.
56. Jörg GERKRATH, *Bananes – Règles de l'OMC/ GATT – Effet direct – Invocabilité*, R.A.E. – L.E.A., 2001 – 2002, éditeur Kluwer, 619 – 625 pp.

57. Ianis GIRGENSON, *GE/Honeywell: une victoire à la Pyrrhus pour la Commission?*,
Revue Lamy de la Concurrence, Janvier-Mars 2006, N° 6, 14-15 pp.
58. Jack L. GOLDSMITH, Eric A. POSNER, *The Limits of International Law*, Oxford
University Press, NY, 2005, 262p.
59. Daniel G. GOYDER, *EC Competition Law*, Oxford University Press, NY, 2003. 664p.
60. Jean-Christophe GRALL, Nathalia KOUCHNIR-GARGILL, *Epuisement du droit de
marques dans l'EEE, La revue de marques*, N 68, Janvier 2010, p.63.
61. G. GRESILLON, *Pékin plus restrictif sur les OPA*, Les Echos, 21 février 2011.
62. Catherine GRYNFOGEL, *Droit communautaire de la concurrence*, L.G.D.L., Paris,
2008, 175 p.
63. Andrew T. GUZMAN, *Antitrust and International Regulatory Federalism*, 76 New
York University Law Review 1142, 2001, 1156-58 pp.
64. Andrew T. GUZMAN, *How International Law Works. A Rational Choice Theory*,
Oxford University Press, NY, 2008, 260p.
65. Marie-Dominique HAGELSTEEN, *Qui fait quoi? Des compétences institutionnelles
en évolution*, Revue Lamy de la Concurrence, N 18 Janvier-Mars 2009, 139-
141pp.
66. *Handbook of Transnational Governance. Institutions and Innovations*, edited by
Thomas HALE and David HELD, Polity Press, 2011, 296 p.
67. Christopher HARDING, *A Pathology of Business Cartels/ Original Sin or the Child
of Regulation?*, New Journal of European Criminal Law, Vol.1. Issue 1, 2010, 44-
58 pp.
68. Christopher HARDING, Julian JOSHUA, *Regulating Cartels in Europe*, 2nd edition,
Oxford University Press, UK, 2010, 409 p.
69. H. Stephen HARRIS, *Competition Law and Patent Protection in Japan: A Half-
Century of Progress, a New Millennium of Challenges*, US FTC and DoJ, 23 May
2002, 74-139 pp.
70. H. Stephen HARRIS Jr., Peter J. WANG, Yizhe ZHANG, Mark A. COHEN, Sébastien
J. EVRARD, *Anti-monopoly Law and Practice in China*, Oxford, NY, 2011, 574p.
71. Marc HENZELIN, „*Ne bis in idem*“, un principe à géométrie variable, Revue Pénale
Suisse, Tome 123, 2005, p.345.

72. *Competition Law: European Community. Practice and Procedure. Article-by-Article Commentary*, 1st edition, general editors: Günter HIRSH, Frank MONTAG, Franz Jürgen SACKER, Sweet&Maxwell, London, 2008, 2845p.
73. Bernard M. HOECKMAN, Petros C. MAVROIDIS, *Competition, Competition Policy and the GATT*, Policy Research Working Paper 1228, The World Bank, December 1993, 10-11 p.
74. Peter HOLMES, *Trade and Competition Policy: at the WTO Issues for Developing Countries*, CRC/CARR/Aston Business School Joint Workshop 2003. Risk, Regulation, Accountability & Development, Manchester, UK, June 2003, <http://www.competition-regulation.org.uk/conferences/mcrrcarr03/pholmes.pdf>, 18.11.2010.
75. Yong HUANG, *Chinese Antimonopoly Law, Growing Along with Market Economics – Background, Legal Framework and Implementation Outlook*, 1681 PLI/Corp 51, 2008, 19.
76. Laurence IDOT, *Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 82 et 82 CE (Règlement 1/2003 et projets de textes d'application*, Cahiers du Droit Européen, n° 70, 2003.
77. Laurence IDOT, *Ententes mondiales et poursuites transatlantiques*, Europe n°7, Juillet 2006, comm.217.
78. Laurence IDOT, *Ententes internationales et principe non bis in idem*, Europe n°8, comm. 250.
79. Laurence IDOT, *Le Réseau européen de concurrence et l'impact du principe d'autonomie procédurale*, Europe n°1, Janvier 2011, alerte 1.
80. Ekaterina ISLENTYEVA, *Like father like son – The parental liability under the EU competition law today*, Global Antitrust Review 2011, accessible sur <http://www.icc.qmul.ac.uk/GAR/GAR2011/GAR%20journal%202011.pdf>
81. Jean-Paul JACQUÉ, *Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques*, Revue française de droit constitutionnel 1/2007 (n° 69), 3-37 pp. Accessible sur www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2007-1-page-3.htm

82. Matjaz JAGER, *Too Many Crooks Spoiling the Broth: Parallel Administrative/Criminal Law Enforcement Against "Hard Core" Cartels in Slovenia*, New Journal of European Criminal Law, Vol.2. Issue 3, 2011, 287-300pp.
83. Alex JAQUEMIN, *Entreprises étrangères et politique européenne de concurrence*, Revue trimestrielle de droit européen, 1973, 412-425 pp.
84. Gérard JAZOTTES, *L'obligation de prendre en considération lors de la détermination du montant de l'amende les sanctions infligées par les autorités d'un État tiers toujours en question*, RTD Com. 2006 p. 698.
85. Frédéric JENNY, *Droit de la concurrence et Droits de propriété intellectuelle : Juriste cherche économiste ... désespérément ! Rencontres économiques d'Aix en Provence*, 6 Juillet 2007,
http://www.lecerclledeseconomistes.asso.fr/IMG/pdf/F_Jenny.pdf , 24.10.2011.
86. Alison JONES, Brenda SUFRIN, *EC Competition Law. Text, cases and materials*. Third edition. Oxford University Press, NY, 2008. pp.1358-1359.
87. Habib KAZZI, *Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations entre entreprises dans une économie mondialisée. Contribution à l'étude de l'application internationale du droit économique*. Presses Universitaires d'Aix-Marseille. 2007. p.41, 656p.
88. Kevin KENNEDY, *Competition law and the World Trade Organization. The limits of multilateralism*, Sweet&Maxwell, London, 2001, 342p.
89. Kevin KENNEDY, *The 2005 TRIPS Extension for the Least-Developed Countries: a Failure of the Single Undertaking Approach?*, 40 International Lawyer, Fall, 2006, 683-701 pp.
90. Ali Cenk KESKIN, *Contribution à la recherche d'un cadre juridique pour un droit international de la concurrence plus efficace*, Thèse en droit, Université Paris I – Université Galatasaray, 2009, 525 p.
91. Takaaki KOJIMA, *International conflicts over the Extraterritorial Application of Competition Law in Borderless Economy*, Fellowship paper, Weatherhead Center for International Affairs, Harvard University, 2001-2.
92. Valentine KORAH, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 9th edition, Hart Publishing, Portland, 2007, 539p.

93. B. KOTSCHY, *L'application du principe non bis in idem aux ententes internationales – point final dans une discussion trentenaire ?*, RDUE, 3/2006, 712-723 pp.
94. William E. KOVACIC, « *Competition Policy in the European Union and the United States : Convergence or Divergence ?* », 5th Annual Antitrust Conference, Washington, D.C., June 2, 2008.
95. Robert KOVAR, *Droit communautaire de la concurrence et droit international*, Cahiers de droit européen, 1986, 127-150 pp.
96. Elena A. KREMYANSKAYA, *Cartels in Russia: Fight Chronicles. Way to Success*, New Journal of European Criminal Law, Vol.2. Issue 4, 2011, 426-439 pp.
97. Anne KRENZER, *Présomption de la responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales en droit communautaire des pratiques anticoncurrentielles*, Revue Lamy de la Concurrence, N15, Avril - Juin 2008, 111-113pp.
98. *Classics in Game Theory*, edited by Harold W. KUHN, Princeton University Press, 1997, 328 p.
99. *The Essential John Nash*, edited by Harold W. KUHN & Sylvia NASAR, Princeton University Press, 2007, 272 p.
100. David A. LARSON, *An Economic Analysis of the Webb-Pomerene Act*, Journal of Law and Economics Vol. 3, No 2 (October 1970), pp. 461-500.
101. Hwang LEE, *Influencing a Global Agenda : Implications of the Modernization of EU Competition Law for the WTO*, Erasmus Law&Economic Review 1, N°2, June 2004, p.112.
102. K. Y. LEE, *The WTO Dispute Settlement and anti-competitive practices: lessons learnt from trade disputes*, Working Paper (L) 10/05, Oxford, Centre for Competition Law and Policy, 2005.
103. Yves LETERME, *L'Économie durable : le modèle rhénan*, édition Luc Pire, 2009. Voir <http://www.yvesleterme.be/fr/yves/publications/le-modele-rhenan-pour-une-economie-durable>.
104. Katalin LIGETI, *Rules on the Application of ne bis in idem in the EU. Is Further Legislative Action Required?*, Eu crim, 1-2/2009, p.37.
105. Hans LINDAHL, *A-Legality: Postnationalism and the Question of Legal Boundaries*, The Modern Law Review 73(1), 2010, 30-56pp.

106. Philippe LOGELAIN, *Competition Law: Self-assessment of Contracts. Interaction of EU Competition Law with Contract Law and Tort Law*, Larcier, 2011, 165p.
107. Irène LUC, *A propos de la pratique des engagements: Une nouvelle procédure: Vers une résolution négociée des problèmes de concurrence*, Concurrences, N°1, 2005, 200-211 pp.
108. Philippe MALAURIE, *L'intelligibilité des lois*, Pouvoirs 3/2005 (n° 114), 131-137pp., Accessibles sur www.cairn.info/revue-pouvoirs-2005-3-page-131.htm .
109. Philippe MANIN, *A propos de l'accord sur les marchés publics, la question de l'invocabilité des accords internationaux conclus par la Communauté européenne*, RTDE 1997, 399-428 pp.
110. A.MARCHINI-CAMIA, *La concentration industrielle, les positions dominantes sur le marché et le droit antitrust: l'expérience américaine et les problèmes européens*, RTDE, 1971, 353-422 pp.
111. Camille MARECHAL, *Concurrence et propriété intellectuelle*, Vol. 32 le Droit des affaires. Propriété Intellectuelle, Litec, 2009, 475 p.
112. Philip MARSDEN, *WTO decides its first competition case, with disappointing results*, Competition Law Insight, London, 2004, p.4.
113. *Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust*, edited by Philip MARSDEN, Edward Elgar Publishing Ltd., 785 p.
114. Aaron MATTA, *Understanding and Assessing the EU-Russia Legal Approximation Process: The case study of Competition Law*, 2012, European University Institute, <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/21377>
115. Christophe MAUBERNARD, *Droit matériel de l'UE*, Ellipses, Paris, 2007, 316 p.
116. Carlos MENA-LABARTHE, Carla AROZARENA-BALESTRA, *Adoption of Criminal Penalties for Hard Core Cartels in Mexico*, New Journal of European Criminal Law, Vol.2. Issue 2, 2011, 148-159 pp.
117. Benoît MERKT, *Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence. Droit du GATT/OMC, droit européen, accords bilatéraux et perspectives pour le droit suisse*, Peter Lang – Berne, 2000, 450 p.

118. Robert M. METCALFE, David R. BOGGS, *Ethernet: Distributed Packet Switching for Local Computer Networks*, Communications of the ACM, Vol. 19, No. 5, July 1976, 395 – 404 pp.
119. Robert M. METCALFE, *Packet Communication*, Annabooks/ Rtc Books, 1996, 224 p.
120. Elaine METLIN, Alicia J BATTS and James R MARTIN, *The Webb-Pomerene Act: a relic that outlived its usefulness*, The Antitrust Review of the Americas, 2006, 84-86 pp.
121. Susana MORENO SANCHEZ, Benjamin CHEYNEL, *Obstruction à enquête – Perspectives communautaire et nationales*, Revue Lamy de la Concurrence, Juillet-Septembre 2010 N°24, 45-46 pp.
122. M.-Ch. MORIN, *La saga européenne de Microsoft*, Centre d'Études sur l'Intégration et la Mondialisation, Notes de synthèse, Janvier 2010.
http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/MorinMC_MicrosoftUE.pdf.
123. John F. NASH, *Equilibrium Points in n-Person Games*, Proceeding of the National Academy of Science of the USA, Vol. 36, N 1, 1950, 48-49 pp.
124. John F. NASH, *Non-Cooperative Games*, The Annals of Mathematics, Second Series, Vol.54, N 2, 1951, 286-295 pp.
125. Renato NAZZINI, *Article 81 EC Between Time Present and Time Past: A Normative Critique of "Restriction of Competition" in EU Law*, Common Market Law Review 43, 2006, 497-536 pp.
126. John von NEUMANN, Oskar MORGENSTERN, *Theory of games and economic behavior*, Princeton University Press, 1944, 625p.
127. J. von NEUMANN, O. MORGENSTERN, *Theory of Games and Economic Behavior (Commemorative Edition)*, 60th-Anniversary Edition, Princeton University Press, 2007, 776 pp.
128. T.T. NGUYEN, *Competition Law in Technology Transfer under the TRIPS Agreement: Implications for Developing Countries*, Faculty of Law, Lund University, Doctoral Dissertation, Lund University, 2009.
129. T.T. NGUYEN, H. H. LIDGARD, *WTO Competition Law Revisited: From TRIPS Competition Flexibilities and Singapore Issues to the WTO Agenda of a Post-Doha*

Round, Faculty of Law, Lund University, Legal Research Paper

2009:51 <http://ssrn.com/abstract=1455366> .

130. Michael W. NICHOLSON, *An Antitrust Law Index for Empirical Analysis of International Competition Policy*, Journal of Competition Law and Economics, 4(4), 2008, 1009-1029 pp.
131. Paulo NUNES, *Concept de Keiretsu*, Sciences Économiques et Commerciales – Gestion, <http://www.knoow.net/fr/scieeconcom/gestion/keiretsu.htm> , 13.09.2010.
132. Peter NYGH, *The Liability of Multinational Corporations for the Torts of their Subsidiaries*, European business Organization Law Review 2002/3: 51-81, p. 65.
133. Greg OLSEN, *Compensation and deterrence? The passing on defence and the future direction of UK private proceedings*, Competition Law Insight, 10 May 2005, Competition Law Insight, p.3.
134. Lorenzo Federico PACE, *European Antitrust Law – Prohibitions, Merger Control and Procedures*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK, 2007, 424 p.
135. A. PAPADOPOULOS, *The International Dimension of EU Competition Law and Policy*, Cambridge 2011, 362 p.
136. Emile PAULIS, Céline GAUER, *Le règlement 1/2003 et le principe du Ne bis in Idem*, Concurrences, N°1-2005, n°152, p. 34.
137. Thomas PICOT et Julia BOMBARDIER, *Renforcement des règles d'acquisition des sociétés chinoises par des entreprises et investisseurs étrangers*, Revue Lamy de la Concurrence, Avril-Juin 2011, N°27, p.94.
138. Catherine PRIETO, *Une conception étroite de la notion d'affectation du commerce entre les États membres*, Revue des contrats, Janvier 2010 n° 1, p.122.
139. Erik H. PIJNACKER HORDIJK and Simone J. H. EVANS, *The Akzo Case: Up a Corporate tree for Parental Liability for Competition Law Infringements*, Journal of European Competition Law and practice, 2010, Vol.1, No. 2, p.127.
140. Valérie PIRONON « *Concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence* », dans *Le Règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, sous la direction de Sabine CORNELOUP et Natalie JOUBERT, LexisNexis Litec, 2008, 231 p.

141. Joël RIDEAU, *Les accords internationaux dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Revue Générale de Droit International Public, 1990, 289-418 pp.
142. Alexandre RINNE, Gordon CHRISTIAN, *Damages action (2)*, Competition Law Insight, 1 July 2008, p.3.
143. Jean-Christophe RODA, David BOSCO, Irène LUC, Pascal CARDONNEL, Philippe RINCAZAUX, *Affectation du commerce entre États membres et pratiques anticoncurrentielles : Une question d'actualité*, Concurrences, N° 2-2011, n°35745, 17-32 pp.
144. P. M. ROTH, *Reasonable Extraterritoriality: Correcting the „Balance of Interests“*, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 41 N° 2 April 1992, p. 269. Accessible sur <http://www.jstor.org/stable/760921>
145. Frederic M. SCHERER, *International high-technology competition*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1992, 196 p.
146. John W. SCHLICHER, *Antitrust and Competition Law Limits on Licensing Practices in Japan*, The Computer & Internet Lawyer, Vol.23 N 11, November 2006, 1-16 pp.
147. Stefan SCHMITZ, *The European Commission's Decision in GE/Honeywell and the Question of the Goals of Antitrust Law*, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, 23:3, 2002, 539-595 pp.
148. Michael SENNETT, Paula W. RENDER, Thomas DEMITRACK, *Recent U.S. Cases May Allow New Antitrust Challenges to Foreign Conduct*, Jones Day Antitrust Alert, October 2011.
149. Denys SIMON, Flavien MARIATTE, Dominique RITLENG, *Contentieux de l'Union Européenne 1 : Annulation, Exception d'illégalité*, LAMY, 2010, 390p.
150. 131. Denys SIMON, Flavien MARIATTE, Rodolphe MUNOZ, *Contentieux de l'Union Européenne 2 : Carence, Responsabilité*, LAMY, 2011, 292p.
151. Denys SIMON, Christophe SOULARD, Anne RIGAUX, Rodolphe MUNOZ, *Contentieux de l'Union Européenne 3 : Renvoie préjudicielle, Recours en manquement*, LAMY, 2011, 385p.

152. S. SINGH, *The Telmex Dispute at the WTO: Competition Makes a Backdoor Entry, Briefing Paper*, CUTS Centre for Competition, Investment & Economic Regulation, No. 1/2006. 3-4 pp.
153. John SLOMAN, *Essentials of Economics*, 4th edition, Prentice Hall, 2007, 473 p.
154. René SMITS, *The European Competition Network Selected Aspects*, Legal Issues of Economic Integration 32(2), 2005, 175-176 pp.
155. F. SNYDER, *The European Union and China, 1949-2008*, Hart, 2010, p. 768.
156. John T. SOMA, Eric K. WEINGARTEN, *Multinational Economic Network Effects and the Need for an International Antitrust Response from the World Trade Organization : a Case Study in Broadcast-Media and News Corporation*, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, Vol. 21:1, 41, 2000, 112-119 pp.
157. Dominique J.M. SOULAS de RUSSEL, Philippe RIMBAULT, Nature et racines du principe de sécurité juridique: une mise à point, Revue internationale de droit compare, Vol. 55 N° 1, 2003, 85-103 pp.
158. Takayuki SUZUKI, *The Function of Criminal Punishment Under the Antimonopoly Act of Japan*, New Journal of European Criminal Law, Vol.2. Issue 1, 2011, 45-58 pp.
159. Brendan SWEENEY, *Globalization of Competition Law and Policy: Some Aspects of the Interface between Trade and Competition*, MJIL Vol.5 (2), 2004. 401-402 pp.
160. Brendan SWEENEY, *International Competition Law and Policy: a Work in Progress*, Melbourne Journal of International Law, Vol. 10, May 2009, Issue I.
161. E. SZYSZCZAK, *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Hart, 2007, 293 p.
162. Haris TAGARAS, Michel WAELBROECK, *Les autorités nationales de la concurrence et l'article 234 du Traité. Un étrange arrêt de la Cour de Justice*, Cahiers de droit européen, 2005, 467-468 pp.
163. Anne M. TERCINET, *Enquêtes et coopération internationale en matière de pratiques anticoncurrentielles*, Revue Lamy de la Concurrence, Octobre-Décembre 2011, N° 29, p.125.

164. *Global Law Without a State*, edited by Gunther TEUBNER, Dartmouth, 1997, 305 p.
165. J.-F. THISSE, *Théorie des jeux: une introduction*, Université Catholique de Louvain, 2007, 150 p.
166. Hanns ULLRICH, *Propriété intellectuelle, concurrence et régulation – limites de protection et limites de contrôle*, *Revue Internationale de Droit Économique*, 2009, p. 401.
167. Arnold VIALFONT, *Le droit de la concurrence et les procédures négociées*, *Revue international de droit économique*, 2007/2 t. XXI, 2, 157-184 pp.
168. Claire VANNINI, *L'affaire Microsoft: le droit de la concurrence saisi par le politique?*, *Questions d'Europe*, 19.11.2007, http://www.robert-schuman.eu/doc/questions_europe/qe-80-fr.pdf , 29.08.20145.
169. Marcus WALLMAN, *United Arab Emirates: UAE Competition Law*, 27 September 2010, *Mondaq Anti-trust/Competition*, <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=110998> , 07.02.2012.
170. Xiaoye WANG, *Highlights of China's New Anti-Monopoly Law*, *Antitrust Law Journal* N° 75, 2008, 134-150pp.
171. Joseph Halevi Horowitz WEILER, *The EU, the WTO and the NAFTA. Towards a Common Law of International Trade?*, Oxford University Press, NY, 2000, 238 p.
172. Etienne Wery, *Le droit de la concurrence et la propriété intellectuelle sont-ils incompatibles ?*, *Droit & Technologies*, 10.06.2008, <http://www.droit-technologie.org/actuality-1144/le-droit-de-la-concurrence-et-la-propriete-intellectuelle-sont-ils-inc.html> , 29.08.2011
173. Wouter P.J. WILS, *EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees: the Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights*, *World Competition*, Vol.34, No2, June 2011, Accessible sur <http://ssrn.com/author=456087>, 16.05.2011.
174. Wouter P.J. WILS, *EU antitrust enforcement powers and procedural rights and guarantees: The interplay between EU law, national law, the Charter of fundamental rights of the EU and the European Convention on human rights*, *Concurrences* N° 2-2011, 41-54 pp.

175. Terry WINSLOW, *Recommandations de l'OCDE en matière de concurrence, pays en développement et éventuelles règles de concurrence de l'OCDE*, Revue sur le droit et la politique de la concurrence, 2001/1 Vol. 3, 127-152 pp.
176. Quinlan WU, *EU-China Competition Dialogue: A New Step in the Internalisation of EU Competition Law?*, European Law Journal, Vol.18, N° 3, May 2012, 461-477 pp., publié la première fois sur Internet 12.04.2012 sur <http://onlinelibrary.wiley.com>.
177. W. XING, *Review of foreign takeovers won't hurt investment*, China Daily, 17 février 2011, www.china.org.cn/business/2011-02/17/content_21941132.htm 1.04.2011.
178. Geert A. ZONNEKEYN, *The latest on indirect effect of WTO law in the EC legal order. The Nakajima case law misjudged?*, JIEL 2001, p.587.
179. Geert A. ZONNEKEYN, *Direct Effect of WTO Law*, Cameron May, London, 2008, 263 p.

Les sources Internet et medias

1. Press release Concurrence: *le vice-président Alunnia signe un accord de coopération avec l'autorité russe chargée de la concurrence*, IP/11/278, Bruxelles 10.03.2011.
2. Joel KLEIN, *No monopoly on antitrust, It would be premature for the WTO to seek to enforce global competition rules*, Financial Times, February 13, 1998.
3. W. XING, *Review of foreign takeovers won't hurt investment*, China Daily, 17 février 2011.
4. *EU-China Competition Week*, China Competition Bulletin, N° 10 June 2011, p.4.
5. US DoJ Press Release, « *Justice Department Asks European Communities to Investigate Possible Anticompetitive Conduct Affecting U.S. Airlines' Computer Reservation Systems* » 28.04.1997.
6. <http://www.aeprus.ru/>
7. <http://www.debeers.fr/about-de-beers> 01.06.2012
8. www.china.org.cn/business/2011-02/17/content_21941132.htm 1.04.2011.
9. http://www.china.org.cn/government/laws/2009-02/10/content_17254169.htm

10. EU to enhance competition policy co-op with China, Xinhua, Updated : 2007-09-05 21:43, http://www.chinadaily.com.cn/china/2007-09/05/content_6083848.htm ,
11. <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/bg.html> ,15.06.2012.
12. http://www.concurrences.com/rubrique.php3?id_rubrique=664&lang=eng, 03.06.2010.
13. http://crd.irma.asso.fr/article.php3?id_article=50 , 17.08.2011.
14. <http://www.criti.info/?q=fr/content/cariforum-le-forum-caribéen-des-États-acp> 1.05.2012
15. <http://dubaiemploymenttips.com/companies/american/> 04.05.2012
16. http://www.ena.lu/arret_cour_justice_walt_wilhelm_autres_bundeskartellamt_affaire_14_68_fevrier_1969-010007027.html.
17. *Commission reaches breakthrough with Gazprom and ENI on territorial restriction clauses*, IP/01/1345, 06/10/2003, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/03/1345&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>, 21.11.2011.
18. *Competition : Commission secures improvements to gas supply contracts between OMV and Gazprom*, IP/05/195,17/02/2005, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/195&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>, 21.11.2011.
19. *Competition : Commission secures changes to gas supply contracts between E.ON Ruhrgas and Gazprom*, IP/05/2005,10/06/2005, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/710&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>, 21.11.2011<http://www.gazprom.com>, 25.01.2012.
20. http://europa.eu/legislation_summaries/other/l14549_fr.htm, 16.04.2012
21. European Commission Press release, “*Commission opens procedure against Air France for favoring Amadeus reservation system*” 15.03.1999, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/99/171&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en> 28.02.2012;
22. http://europa.eu/legislation_summaries/fight_against_fraud/fight_against_counterfeiting/l26057a_fr.htm, 5.07.2011

23. *EU – China trade in facts and figures*, 30 January 2009, Brussels, MEMO/09/40,
<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/09/40> ,
 04.08.2010
24. *Commission européenne salue la ratification des traités de l'OMPI dans le domaine du droit d'auteur*, IP/09/ 1916, Bruxelles, 14.12.2009.
<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/1916&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=en> 29.08.2011
25. http://europa.eu/legislation_summaries/external_relations/relations_with_third_countries/eastern_europe_and_central_asia/rx0037_fr.htm 24.05.2012.
26. http://ec.europa.eu/competition/ecn/more_details.html , 10.08.2011.
27. <http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral/index.html> 18.06.2012
28. http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency_programme_nca.pdf, 31.05.2011.
29. http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_fr.pdf, 31.05.2011.
30. http://ec.europa.eu/competition/ecn/list_of_authorities.pdf, 31.05.2011.
31. <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/legislation/fines.html>
32. http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp1999_015_en.html , 09.09.2010.
33. <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/bilateral-relations/countries/china/> 21.05.2012.
34. http://ec.europa.eu/enlargement/taix/what-is-taix/index_fr.htm 24.05.2012.
http://ec.europa.eu/external_relations/russia/docs/commonsplaces_prog_report_2009en.pdf, 08.06.2010.
35. <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/bilateral-relations/countries/russia/> 24.05.2012.
36. <http://www.eecs.harvard.edu/~parkes/cs286r/spring02/papers/nash-cornell.pdf>,
 31.01.2011
37. http://en.fas.gov.ru/legislation/legislation_50915.html 25.05.2012.
38. http://en.wikipedia.org/wiki/Image:Network_effect.png,http://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/0/0d/Network_effect.png , 01.02.2011.
39. <http://eng.gazpromquestions.ru/?id=4> 31.05.2012
40. <http://www.eng.alrosa.ru/>
41. <http://euchinawto.org>
42. <http://euctp.org>

43. http://www.euchinawto.org/index.php?option=com_content&task=view&id=340&Itemid=54
44. http://www.euctp.org/index.php?option=com_content&view=article&id=4&Itemid=9&lang=eeu
45. http://www.euchinawto.org/index.php?option=com_content&task=view&id=353&Itemid=54
46. http://euchinawto.org/index.php?option=com_content&task=view&id=355&Itemid=82
47. http://www.euchinawto.org/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=30&Itemid=54&lang=eeu ,
48. <http://www.euctp.org>.
49. www.fas.gov.ru, 10.12.2009
50. Internet-interview avec M. Tsarikovsky, http://www.fas.gov.ru/article/a_1679.shtml 28.11.2010.
51. Press-release of FAS of Russia of 23 June 2005, http://www.fas.gov.ru/news/n_2157.shtml, 18.06.2012.
52. *Analytical reports on the activities of the Central Office of FAS Russia on gas and coal markets*, Department of Control and Supervision on the fuel and energy complex, 30 October 2005, http://www.fas.gov.ru/competition/goods/analysis/a_2889.shtml, 10.12.2009.
53. Moscow, December 5th, 2005. Interfax (PTC: GAZP), http://www.fas.gov.ru/news/n_3660.shtml , 18.06.2012.
54. Press-release of FAS of Russia of 2 June 2009, http://www.fas.gov.ru/news/n_24422.shtml , 18.06.2012.
55. Press-release of FAS of Russia of 2 June 2009, http://www.fas.gov.ru/news/n_24422.shtml
56. FAS Press-release of 05.03.2010, http://www.fas.gov.ru/fas-news_29274.html, 08.06.2010.
57. http://www.fas.gov.ru/news/n_26930.shtml
58. http://www.fdi.gov.cn/pub/FDI_EN/law_en_info.jsp?docid=130963 01.04.2011.
59. <http://www.ftc.gov/os/statutes/webbpomerene/index.shtm> , 28.11.2011.
60. <http://www.gametheory.net/>, 24.01.2010.

61. <http://www.gametheory.net/dictionary/Games/ParetoCoordination.html>
62. <http://www.interpol.int/Crime-areas/Fugitive-investigations/Fugitive-investigations> ,
06.03.2012
63. <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>
64. <http://www.ipr2.org>
65. *EU, AmCham-China Welcome China's Antimonopoly Law*, Xinhua New Agency,
September 1, 2007,
[http://www.ipr2.org/index.php?option=com_content&view=article&catid=101:-
enforcement&id=1204:eu-china-conference-on-the-interface-between-competition-
and-intellectual-property-law&Itemid=84](http://www.ipr2.org/index.php?option=com_content&view=article&catid=101:-enforcement&id=1204:eu-china-conference-on-the-interface-between-competition-and-intellectual-property-law&Itemid=84) 25.05.2012
66. http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/1997/229081.htm 28.02.2012;
67. <http://www.justice.gov/atr/public/divisionmanual/atrdivman.pdf> 01.03.2012;
68. *A Note of Caution with respect to a WTO Agenda on Competition Policy*, Joel KLEIN,
18.11.1996, <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/0998.htm>
69. <http://lenta.ru/news/2009/10/21/fas/>
70. <http://www.opusmang.com/forums/index.php?topic=959.0>, 25.08.2011.
71. <http://oyc.yale.edu/economics/game-theory>, 24.01.2010;
72. <http://plato.stanford.edu/entries/game-theory/>, 24.01.2010;
73. Игорь АРТЕМЬЕВ, *Деятельность ФАС России в контексте сотрудничества между Россией и Европейским союзом (РФ)*, 10.08.2009
74. *Россия и Европейская Комиссия обсудили перспективы развития сотрудничества в области конкурентной политики*, 27.04.2012, RegionFAS.ru,
<http://www.regionfas.ru/4/6046>, 18.06.2012.
75. *Артемьев обвел «Газпром» вокруг конфорки*, 26.03.2012,
<http://www.rbcdaily.ru/2012/03/26/focus/562949983360678/print/>
76. http://www.ru.ruseu.com/blog/economy/details_76.html 25.05.2012
77. <http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf10r2.en.pdf> , 30.11.2010.
78. <http://www.unrol.org/>, 09.05.2011
79. Петр ГЕЛЬТИЩЕВ, Алексей ГРИВАЧ, *Очередь за трубой*, On-line "Vremya Novosti", 4th June 2009, N 96, <http://www.vremya.ru/2009/96/8/230570.html> ,
18.06.2012.
80. http://www.wipo.int/about-wipo/fr/what_is_wipo.html, 25.07.2011.

81. *L'OMPI salue la ratification des traités Internet de l'OMPI par l'Union européenne*,
PR/2009/626, Genève, 14.12. 2009.
http://www.wipo.int/pressroom/fr/articles/2009/article_0059.html 29.08.2011
82. Accord sur les ADPIC: Aperçu,
http://www.wto.org/French/tratop_f/trips_f/intel2_f.htm
83. http://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gpa_overview_f.htm, 06.10.2010.
84. La Charte de la Havane, UN Doc. E/Conf. 2/78, 1948,
http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/prewto_legal_f.htm
85. http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/brief_e/brief13_e.htm,
08.09.2010.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE.	15
PARTIE I. L'APPLICATION DIRECTE DU DROIT EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE AUX ENTREPRISES DES ÉTATS TIERS.	32
Titre I. LA RÉGLEMENTATION EUROPÉENNE DE L'ACTIVITÉ D'ENTREPRISES DES ÉTATS TIERS TOUCHANT AU MARCHÉ EUROPÉEN.	36
<i>Chapitre 1. L'application du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers. La réglementation.</i>	<i>38</i>
Section 1. Définir l'entreprise.	39
Section 2. La théorie de l'effet.	54
Section 3. Les institutions appliquant le droit européen de la concurrence.	78
Section 4. Les règles essentielles du droit européen de la concurrence applicables aux entreprises des États tiers.	87
Section 5. Les critères d'application du droit européen de la concurrence élaborés par les institutions européennes.	105
Conclusion.	110
<i>Chapitre 2. L'application du droit européen de la concurrence aux entreprises d'États tiers. L'exécution.</i>	<i>114</i>
Section 1. L'application extraterritoriale du droit européen de la concurrence par des autorités nationales et des juridictions des États membres.	115
Section 2. La procédure d'application extraterritoriale du droit européen de la concurrence aux entreprises d'États tiers.	127
Section 3. La coopération internationale.	142
Conclusion.	163
Titre II. LES PROBLÈMES ISSUES DE L'APPLICATION DU DROIT EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE AUX ENTREPRISES DES ÉTATS TIERS.	166
<i>Chapitre 1. L'application simultanée des lois concurrentielles de plusieurs États et le principe non bis in idem.</i>	<i>170</i>
Section 1. Contenu du principe « non bis in idem » dans le cadre du droit de la concurrence.	172

Section 2. Le principe « non bis in idem » au sein du droit européen de la concurrence.	179
Section 3. L'application extraterritoriale du principe « non bis in idem » par les institutions européennes.	193
Conclusion : Combien d'autorités de concurrence peuvent poursuivre et sanctionner la même entreprise d'un État tiers pour le même comportement anticoncurrentiel ?.	198
Chapitre 2. L'application simultanée du droit de la propriété intellectuelle et du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers.	202
Introduction au conflit entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle.	202
Section 1. Le conflit entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle dans le cadre de l'UE.	207
Section 2. Le conflit entre le droit européen de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle au niveau international.	217
Conclusion.	225
Chapitre 3. L'application simultanée du droit international privé et du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers.	228
Introduction au sujet des relations entre le droit européen de la concurrence et le droit international privé.	228
Section 1. Règlement Rome II et les actes restreignant la libre concurrence.	231
Section 2. Règlement Rome II et la concurrence déloyale.	244
Conclusion. Les rapports entre le droit international privé et droit européen de la concurrence aboutissant aux changements économiques.	250
Chapitre 4. Les relations entre les normes du droit de l'OMC sur la concurrence et le droit européen de la concurrence.	254
Section 1. L'approche générale.	255
Section 2. L'approche spéciale.	268
Section 3. Les décisions prises au sein de l'OMC et le droit européen.	292
Conclusion.	297
PARTIE II. APPLICATION INDIRECTE DU DROIT EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE AUX ENTREPRISES DES ÉTATS TIERS.	302

Titre I. LA CRÉATION DE RÈGLES HOMOGÈNES DE LA CONCURRENCE EN DEHORS D'UN ACCORD INTERNATIONAL SUR LA CONCURRENCE.....	305
<i>Chapitre 1. Le modèle économique comme preuve du besoin de la coopération internationale réglant la concurrence.....</i>	308
<i>Section 1. L'introduction à la théorie des jeux.</i>	308
<i>Section 2. La théorie des jeux expliquant la (non)coopération internationale plus étroite dans le domaine du droit de la concurrence.....</i>	311
<i>Conclusion.</i>	317
<i>Chapitre 2. Le modèle européen du droit de la concurrence comme base du droit de la concurrence des États tiers.</i>	320
<i>Section 1. La compatibilité des modèles du droit de la concurrence des Etats-Unis et de l'UE avec les systèmes du droit des pays tiers.</i>	321
<i>Section 2. L'explication économique de l'adoption du modèle européen du droit de la concurrence comme le modèle de base pour la plupart des pays tiers.....</i>	323
<i>En guise de conclusion.....</i>	333
Titre II. LES DROITS NATIONAUX DE LA CONCURRENCE D'ÉTATS TIERS SUR LA BASE DU MODÈLE EUROPÉEN.....	338
<i>Chapitre 1. La coopération entre l'UE et la Chine dans le domaine du droit de la concurrence.....</i>	341
<i>Section 1. La coopération sino-européenne pendant l'adoption de la Chinese Antimonopoly Law.</i>	342
<i>Section 2. Les conséquences économiques pour les entreprises européennes et chinoises de l'adoption de AML.....</i>	368
<i>En guise de conclusion.....</i>	373
<i>Chapitre 2. La coopération entre l'UE et la Russie dans le domaine du droit de la concurrence.....</i>	377
<i>Section 1. La coopération russo-européenne dans le domaine du droit de la concurrence.....</i>	379
<i>Section 2. L'importance économique pour les entreprises russes et européennes de la coopération russo-européenne dans le domaine du droit de la concurrence.</i>	388
PARTIE III. VERS UN ACCORD INTERNATIONAL SUR LA CONCURRENCE.....	393
Titre I. UN ACCORD INTERNATIONAL SUR LA CONCURRENCE AU SEIN DE L'OMC.	395

Chapitre 1. Les propositions de l'UE de mesures multilatérales. Pourquoi croit-on au droit international de la concurrence ?	397
Section 1. Les intérêts et les buts poursuivis par la Commission européenne.....	397
Section 2. Les adversaires d'un droit international de la concurrence.	399
Section 3. Les partisans d'un droit international de la concurrence dans le cadre de l'OMC.	403
Conclusion.....	404
Chapitre 2. L'OMC comme plateforme pour la création d'un droit international de la concurrence.....	407
Introduction au problème de la coopération au sein de l'OMC.	407
Section 1. Pourquoi choisit-on l'OMC comme forum pour la création d'un droit international de la concurrence?	408
Section 2. Les tentatives européennes.	410
Conclusion : L'échec de la création du droit de la concurrence de l'OMC.	416
Titre II. LE MODÈLE D'ACCORD INTERNATIONAL SUR LA CONCURRENCE.	419
Chapitre 1. Modèle d'accord international sur la concurrence au sein de l'OMC.....	422
Section 1. Le mécanisme de coopération dans le cadre de l'accord international sur la concurrence.....	423
Section 2. Le calcul de l'amende.	427
Section 3. Les voies de recours.	430
Conclusion.....	431
Chapitre 2. Les atouts et les défauts d'un accord international sur la concurrence au sein de l'OMC.	436
Section 1. Les défauts d'un accord international sur la concurrence.	437
Section 2. Les atouts d'un accord international sur la concurrence.	438
CONCLUSION GÉNÉRALE.	444
ANNEXE 1 au Chapitre « L'application du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers. La réglementation ».	453
ANNEXE 2 au Chapitre « L'application du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers. L'exécution ».	459
ANNEXE 3 au Chapitre « L'application simultanée du droit international privé européen et du droit européen de la concurrence aux entreprises des États tiers »	473

ANNEXE 4 au Chapitre « Les relations entre les normes du droit de l'OMC touchant à la concurrence et le droit européen de la concurrence».475
ANNEXE 5 au Chapitre « Les relations entre les normes du droit de l'OMC et le droit européen de la concurrence ».485
ANNEXE 6 au Chapitre « Les relations entre les normes du droit de l'OMC touchant à la concurrence et le droit européen de la concurrence ».490
BIBLIOGRAPHIE506

